القانون الواجب التطبيق
على عقد البيع الدولى للبضائع
وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

دكتور

عبد السند حسن يمامة

رئيس قسم القانون الدولى الخاص

كلية الحقوق – جامعة المنوفية

٢٠٠٦

اتفاقية لاهاى ١٩٨٦
بشأن القانون الواجب التطبيق
على عقد البيع الدولى للبضائع

مقدمة

انعقدت فى مدينة لاهاى من ١٤-٣٠ أكتوبر ١٩٨٥ جلسة غير عادية لمؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص ، حيث نوقشت اتفاقية القانون الواجب التطبيق على البيع الدولى للبضائع[١] ، وقد تميزت هذه الجلسة الختامية بأمرين :

الأمر الأول : كثرة عدد الدول المشاركة ؛ فكانت تضم الدول الأعضاء فى مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص وجميع الدول الأعضاء فى CNUDCI ، وصدرت فى هذه الجلسة الوثيقة الختامية لاتفاقية لاهاى ١٩٨٥ ووقّعت من ٥٣ دولة .

الأمـــر الـــثانى : هو أن موضوع الجلسة الوحيد هو إصدار اتفاقية للقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع .

وتم تحرير وإصدار هذه الاتفاقية فى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ باللغتين الإنجليزية والفرنسية، وإرسالها لجميع الدول التى شاركت فى الجلسة الختامية

---

[١] راجع فى هذا الموضوع :

YVON LOUSSOUARN , la convention de la Haye d`octobre 1985 sur. la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises Rev cr-. de dr. int. pr-. n 2 1986-.

التى عقدها مؤتمر لاهاى للقانون الدولى فى أكتوبر ١٩٨٥.

وهذا الموضوع كان قد اختير منذ عام ١٩٨٠ لأسباب عديدة أهمها:-

ا : يعتبر عقد البيع الدولى أكثر أنواع العقود الدولية التى تتفق بشأنها الكثير من القواعد المادية règles materielles ، وأيضا قواعد التنازع règles de conflit فى النظم القانونية المقارنة مثل قانون سلطان الإرادة la loi d`autonomie .

ولكــن ذلك لا يمنع من بعض الخلاف وهو الذى يبرر الدعوة إلى إبرام هذه الاتفاقية .

ب : عقــد البــيع الــدولى من الناحية العملية هو أكثر العقود الدولية استخدامًا وشــيوعًا فى علاقــات التجارة الدولية ، ومن الناحية القانونية فإن القواعد القانونــية التى ترد فى اتفاقية دولية تنظم هذا العقد - وعلى وجه الخصوص القواعد التى تحدد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى - ستمثل نموذجًا ومرجعية يقاس عليها فى سائر العقود الدولية[1] .

ج : يمــثل موضــوع أو نطــاق قانــون العقود عامة - والبيع على وجه الخصــوص- مجــالاً خصــبًا لوضع قواعد قانونية موحدة (مادية أو تــنازع) تحقــق اســتقرار المعاملات التجارية ونموها فى كافة النظم القانونية المقارنة ، ويرجع ذلك إلى أن موضوع المعاملات التجارية لا يخضع فى تنظيمه فى النظم القانونية المقارنة إلى دين أو مذهب دينى أو عقيدة على النحو المألوف فى مسائل الأحوال الشخصية .

لذلك نجد أن القاعدة والمبدأ السائد فى مجال العلاقات التجارية فى كافة

---

[1] د. حسام الدين عبد الغنى الصغير ، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ١٤ .

النظم القانونية المقارنة هو مبدأ قانون الإرادة .

د : أن اتفاقية لاهاى فى ١٥ يونيه ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علـــى عقود البيع الدولية للبضائع [1] للأشياء المنقولة وأصبحت نافذة من أول ســـبتمبر ١٩٦٤ والـــتى حلت محلها اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع [2] ، لم تحقق نجاحًا حـــيث لم تصدق عليها إلا ثمان دول فقط ويبدو أن سبب ذلك — هو الاتجاه الحديث فى سياسة معظم الدول هو أنها تولى عناية خاصة لحماية المستهلكين وذلك البعد غفلت عنه اتفاقية لاهاى عام ١٩٥٥.

وفى أبـــريل عام ١٩٨٠ عقدت فى فيينا اتفاقية الأمم المتحدة لعقد البـــيع الـــدولى للبضائع وكان موضوعها أساسًا هو وضع قواعد مادية أو موضوعيه موحدة [3] " [4] .

---

[1] WEILL communication au com-. fr-. dr-. int. pr-., trav., 1958-. 37, LOUSSOUARNin Mélanges Julliot de la Morandiére, p. 313, DROZ , Rev. cr.dr.int.pr., 1964.63,KAHN,Clunet. 1966,301,Fredericq,Rec.cours la Haye, 1958, vol.97,p.7. sur son application dans le temps-.

[2] Vincent HEUZÉ, La vente international de marchandises, Droit uniforme , 2000,p19 ets.

[3] John Honnold. Uniform law of international sales , Under the United Nations convention, 3ed-. 1999, no 4-.

[4] انضمت مصر للاتفاقية ، وأصبحت النسخة العربية منها قانونا مصريا بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٧١ بتاريخ ٢٢ سبتمبر ١٩٨٢ بشأن الموافقة على الاتفاقية ، ووافق عليها مجلس الشعب فى ١٩ أكتوبر ١٩٨٢ وصدق عليها رئيس الجمهورية فى ٢٢ أكتوبر ١٩٨٢ ، غير أنها لم تنشر فى الجريدة الرسمية إلا فى ٣٠ يناير ١٩٩٧ فى العدد رقم ٥ وقد صدر قرار وزير الخارجية رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٤ وتضمن العمل بالاتفاقية بأثر رجعى اعتبارًا من ١٩٨٨/٨/١ ، وهذا الوضع الشاذ يثير العديد من المشكلات القانونية التى تتجاوز نطاق بحثنا إلى مشروعية تطبيق الاتفاقية بأثر رجعى .

وكـــان ضـــروريًّا لاكتمال نطاق الاتفاقية أن تتناول قواعد التنازع وذلك ما أرجئ ليكون موضعًا لاتفاقية ثانية .

وقـــد اتخـــذ القرار بالإعداد والبحث لهذه الاتفاقية الثانية فى الجلسة الرابعة عشر فى مؤتمر لاهاى عام ١٩٨٠.

ونشطت المفاوضات لهذه الاتفاقية فى عام ١٩٨٢ حتى عام ١٩٨٥ وشـــكلت لجنتين خاصتين لمتابعة هذا الموضوع على التوالى ، اللجنة الأولى انعقـــدت فى المدة من ٦-١٤ ديسمبر ١٩٨٢ ، والثانية فى المدة من ٧-١٨ ديســـمبر عام ١٩٨٣ وفى ختام أعمالها وضعت مشروعا عرض للمناقشة فى الجلسة غير العادية التى عقدت فى أكتوبر عام ١٩٨٥ وفى ختام المناقشات تم الاتفاق على اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع [1]

وتدور الاتفاقية حول محورين أساسيين هما :

- تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية .
- نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية .

وقـــبل بحث هذين المحورين نرى الإشارة إلى ثلاث ملاحظات رئيسية هى : -

١- أن مفتـــرض تطبيق الاتفاقية هو عقد بيع دولى .. وقد أشارت الاتفاقية لتوافر هذا المفترض :

أ- أن يكون لأطراف عقد البيع مركز أعمال فى أكثر من دولة .

ب- أن يتوافـــر العنصر الأجنبى فى عقد البيع الدولى الذى ينشئ حالة تنازع فى القوانين .

---

[1] V.la texte , rev-. crit 1985 p 773 ets-.

٢- أن هـــناك مسائل مستبعدة صراحة من نطاق تطبيق الاتفاقية وفقًا لنص المادة ٥ وعلى وجه الخصوص أهلية المتعاقدين للاختلاف البين فى هذه المسأله بين الدول .. فهناك دول تأخذ بقاعدة القانون الشخصى فى تحديد الأهلية ودول أخرى تأخذ بمعيار قانون العقد ، لذلك يكون من المستحيل التوفـــيق بـــين هذين الاتجاهين ، أيضا مسألة انتقال الملكية وآثارها بالنسبة للغير محل هذه المسائل التى تنتمى إلى الأحوال العينية Statut reel .

وأخـــيرًا اتفاقات التحكيم واختيار المحكم استبعدت وفقًا لمبدأ استقلال شرط التحكيم .

L`autonomie de la clause compromissoire

فى العلاقات الدولية.

وقـــد نصـــت الاتفاقية على ضرورة احترام القانون الذى تشير إليه قواعد التنازع فى الاتفاقية أو بعبارة أخرى القانون الواجب التطبيق بمعنى أنه يـــتعين علـــى القاضـــى أو المحكم أن يطبق القانون الواجب التطبيق وفقًا للاتفاقية حتى لو كان ذلك قانون دولة ليست طرفا فى الاتفاقية وذلك هو ما نصت عليه المادة ٦ من الاتفاقية .

" La loi désignée par la Convention s`applique meme s`il sagit de la loi d`un Etat non contractant "[1]

" the law determined under the convention applies whether or not it is the law of a contracting state "[2].

---

[1] نص الاتفاقية باللغة الفرنسية منشور فى: Rev. crit-. 1985.p 773 etc-.

[2] نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية منشور فى : Http: //www.Jus.uio.no/Im/hcpil.applicable.law.sog .convention1986/index.

تقسيم :

سنتاول هذه الدراسة على النحو التالى :

فصـــل تمهـــيدى : تعــريف عقد البيع الدولى ودوليته وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ .

بـــاب أول : تحديـــد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ .

بـــاب ثـــانى : نطـــاق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ .

فصل تمهيدي
تعريف عقد البيع الدولى للبضائع ودوليته وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

المبحث الأول
ماهو عقد البيع الدولى للبضائع الخاضع لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

تعريف عقد البيع الدولى للبضائع :

لم يرد فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ تعريفا لعقد البيع الدولى ولا تعريفا لما هى البضائع وحتى اتفاقية فيينا ١٩٨٠ والتى نصت على القواعد المادية لعقد البيع الدولى لم يرد فيها تعريف لعقد البيع ولا تعريف للبضائع[1]، وقد نصت م ١/١ من اتفاقية فيينا بأنه: « تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع » وقد نصت المادة الأولى من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ بأن « تحدد الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية » ولم تعرف ماهى هذه العقود .

وإن كان مفهوم عقد البيع متقاربًا فى غالبية التشريعات الوطنية[2] ، وتقوم هذه التعريفات على مايرتبه عقد البيع من آثار على طرفيه مثال ذلك المادة ١٥٨٢ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص بأنه :

---

[1] Jeãm Pierre Plantard , Un nouveau droit uniorme de la vente international : la convention desNations Unies du 11 avril 1980 , J-. D-. I-. 1988 , p.311-167-.

[2] د. محسن شفيق المرجع السابق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ص٧١ .

« البيع اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين بتسليم شيء والطرف الآخر بأداء ثمنه » وتنص المادة ٤١٨ من القانون المدنى المصرى[1] بأنه :

« البيع عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشترى ملكية أو حقًا ماليًا فى مقابل ثمن نقدى » ، وتنص المادة الأولى من قانون بيع البضائع الإنجليزى الصادر فى عام ١٨٩٣ بأنه :

« العقد الذى بموجبه ينقل البضائع أو يتعهد بنقل ملكية بضائع إلى المشترى نظير مقابل مادى يسمى الثمن » .

وقد حرصت اتفاقية لاهاى لعام ١٩٨٦ على اعتبار عقود البيع المقترنة بطلب صنع السلعة أو إنتاجها من عقود البيع الخاضعة لأحكام الاتفاقية وذلك كأن تطلب شركة يونانية من مصنع أثاث فى مدينة دمياط بمصر مائة غرفة تورد إلى أثينا بمواصفات معينة ويتعهد المصنع بصنعها أو إنتاجها لمحل البيع بضاعة لم تصنع بعد ووفقا لمواصفات الطالب .

وقد نصت م ١/٤ من الاتفاقية على خضوع بعض أنواع عقود التوريد لأحكامها « عقود التوريد التى يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها ويتعهد طالب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها » .

وجعلت الاتفاقية الأصل هو خضوع هذه العقود لأحكام الاتفاقية واستثناء عدم خضوعها بأن يتضمن عقد البيع شرطا هو تعهد طالب صنع السلعة أو إنتاجها بتقديم جزء جوهرى مما يلزم لصنعها أو إنتاجها .

وجدير بالإشارة إلى أن معيار الجزء الهام فى البضاعة لايعنى أنه أكثر

[1] د. عبد الرازق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، البيع المجلد الرابع بند ٩ ص ١٩

العناصـــر عددًا أو وزنًا أو حجمًا فى البضائع محل العقد ولكنه الأكثر أهمية بمعـــنى جوهـــرية ذلك العنصر فى صنع أو إنتاج البضاعة[1] مثال ذلك تعاقد شركة أدوية توصل مركز أبحاثها إلى عنصر فعال وكاف للشفاء أو الوقاية مـــن مرض معين وعهدت لشركة أخرى بخلط هذا العنصر بنسبة ٥% من تـــركيبة الدواء والتى تشتمل على عناصر أخرى تتعلق بحفظ ذلك العنصر وتحسين مذاقه وإضافة بعض الفيتامينات المعروفة بنسب معينة وتغليف هذا الـــدواء فمثل هذا العقد لايخضع للاتفاقية وقد نصت م٣/١ من اتفاقية فيينا على هذا النوع من العقود باعتباره من عقود البيع الخاضعة للاتفاقية.

ما هى البضائع :

لم يـــرد فى الاتفاقـــية تعـــريف مـــا هـــى البضـــائع "goods" "marchandises" وذلك هو نفس نهج اتفاقية فيينا ١٩٨٠ والتى لم يرد فيها تعريف لما هى البضائع وإن أشارت إلى بعض أنواع البضائع إلا أن الجديـــد فى اتفاقـــية لاهاى ١٩٨٦ هو أنها أدخلت نوعين من البيوع كانا مستبعدين فى اتفاقية فيينا ١٩٨٠ : وذلك وفقًا لنص م٣ من اتفاقية لاهاى بأنه " يعتبر من البضائع وفقًا لأحكام هذه الاتفاقية :

أ- السفن والمراكب والقوارب والطائرات والحاملات " وهذا النوع من البيوع كان مستبعدا وفقا لنص م٢ / هـــ من اتفاقية فيينا .

ب- الكهرباء :

والنص على اعتبار أن الكهرباء من البضائع يثيرمسألة محل خلاف فى الرأى حول طبيعة الكهرباء هل هى منقول مادى أو معنوى ، كما أنه يفتح

---

[1] محسن شفيق : المرجع السابق ص٦٨ .

الـباب لاعتبار سائر المواد المولدة للطاقة كالبترول والفحم والغاز الطبيعى والطاقة الذرية من البضائع التى تسرى عليها أحكام الاتفاقية .

وجدير بالإشارة إلى أن عقود بيع الكهرباء هى فى العمل عقود دولية لأن محلها بيع فائض استهلاك فى الطاقة الكهربائية من دولة لدولة أخرى أو أكثـر ونظـرا لارتـباط هذا البيع بأغراض سياسية فقد رأت اتفاقية فيينا باستبعاده صـراحة من نطاق تطبيقها م٣ فقرة «و» ولكن يبدو أن نظرة اتفاقـية لاهـاى ١٩٨٦ أكثـر تحررًا وتفاؤلا فى علاقات التجارة الدولية وتحريرها من قيود السياسة.

وقـد نصت اتفاقية لاهاى على استبعاد نوعين من البيوع من نطاق تطبيقها هما :

- بـيوع مسـتبعدة صراحة بنص الاتفاقية ، وبيوع مستبعدة ضمنًا ويستخلص ذلك من مجموع نصوص الاتفاقية.

● عقود البيع المستبعدة صراحة :

نصـت المادة ٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ فى فقرتها أ ، ب ، ج على ثلاثة أنواع من البيوع لاتسرى عليهم أحكام الاتفاقية كذلك نصت م٤/٢ من الاتفاقية على استبعاد نوع آخر من البيوع وسنعرض لذلك :

أ - البيوع التى تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التى تتم بموجب أمر من السلطة القضائية. ونصت على هذه البيوع م ٢/أ من الاتفاقية.

وهـذا النوع يطلق عليها البيوع الجبرية والحكمة من استبعادها انعدام الصلة بينها وبين التجارة الدولية ، كما أن تنظيمها يتم وفقا لقواعد آمرة فى التشـريعات الوطنية لذلك حتى فى فرض تنظيمها سيصطدم بهذه القواعد الآمرة التى تكون لها الأولوية فى التطبيق.

ويلاحظ على هذا النوع من البيوع أنه قد سبق لاتفاقية فيينا ١٩٨٠ أن استبعدته من نطاق تطبيقها فى المادة ٢/٣ وذلك لنفس السبب[1].

ب – الأوراق المالية والأوراق التجارية ، و النقود.

وقد نصت على هذه البيوع المادة م٢ فقرة ب من الاتفاقية . وقد استبعدت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ م ٣ /٤ من نطاق تطبيقها أيضا الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود والحكمة من استبعاد هذه البيوع هو اختلاف التشريعات الوطنية فى اعتبارها من البضائع وخضوعها لقواعد خاصة متباينة فى النظم القانونية المقارنة.

ج – البضائع التى تشترى للاستعمال الشخصى، أو العائلى ، أو المترلى، ولكن مع ذلك تطبق الاتفاقية إذا كان البائع إبرام العقد لايعلم ، ولم يكن مفترضا فيه أن يعلم أن هذه البضائع اشتريت لاستعمالها فى أى غرض من الأغراض السابقة وقد نصت على هذه البيوع م ٢ / ج من اتفاقية لاهاى .

وقد نصت المادة ٢/١ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ على استبعاد ذلك النوع من البيوع من نطاق تطبيقها .

د- العقود التى يمثل فيها الالتزام الأساسى للمتعهد بتوريد البضاعة تقديم اليد العاملة أو غير ذلك من الخدمات .

وقد نصت على هذه العقود م ٤ / ٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٥ والحكمة من استبعاد هذا النوع من عقود التوريد من خضوعها لأحكام الاتفاقية هو أن محلها ليس بضائع فقط وأن الالتزام الأساسى فى العقد من قبل مورد البضائع هو تقديم اليد العاملة أو غير ذلك من الخدمات مثل عمل رسومات أو تركيب السلعة بعد صنعها .

---

[1] راجع د محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٧٨.

وقد ورد هذا النص أيضا فى المادة ٢/٣ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠

- **البيوع المستبعدة ضمنًا :**

وهـــناك عقود بيع لا تخضع لأحكام الاتفاقية لأن محلها لايعتبر من البضـــائع goods والتى ينصرف إلى المنقول المادى وعلى ذلك تستبعد بيع العقـــار ، وبـــيع المـــنقول المعنوى (الحقوق) ، وأيضا إذا كان محل العقد الأساســـى التزامات شخصية متبادلة فلا يخضع العقد لأحكام الاتفاقية مثل عقد المقايضة[١] والإيجار التمويلى[٢] وما شابه ذلك.

---

[1] د السنهورى : الوسيط ، عقد البيع ، المجلد الرابع ص ٢٣ .

[2] د عبد السند يمامة ، عقد الإيجار التمويلى فى القانون الدولى الخاص طبعة ٢٠٠٢ ص ٣١.

المبحث الثانى
الدولية فى عقد البيع

الدولية فى عقد البيع هى شرط أو مفترض تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص. وبدون هذه الدولية لا تثار مشكلة تنازع القوانين أمام القاضى أو المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة أمامه.

وافتقاد شرط الدولية فى عقد البيع المطروح أمام القاضى يعنى أن على القاضى أن يطبق قانونه أو ما اتفق عليه المتعاقدان حتى لو كان قانونًا أجنبيًا باعتباره من الشروط التعاقدية إذا كان قانون القاضى يسمح بذلك بشرط ألا يجوز لها مخالفة النظام العام أو القواعد الآمرة فى قانون القاضى دون الرجوع إلى قواعد التنازع[1].

أما توافر شرط الدولية فى عقد البيع يعنى أنه على القاضى أن يرجع إلى قواعد الإسناد فى قانونه لتكشف له عن القانون الواجب التطبيق فى التراع المثار بشأن ذلك العقد ، بصرف النظر عن كون هذا القانون أجنبيًّا أو القانون الداخلى لدولة القاضي.

ويتفق الفقه على أن مبدأ دولية العقد مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولى الخاص ، وقد اختلف جانب فى الفقه حول أساس أو تبرير مبدأ الدولية إلى نظرية شخصية وموضوعية[2] كذلك استقر القضاء على مبدأ دولية العقد.

وفى إيطاليا ظهر اتجاه فقهى يمثل خروجًا على مبدأ دولية العقد ، ويرى

---

[1] د. مصطفى الجمال ، د. عكاشة عبد العال ، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية جـ ١ سنه ١٩٩٨ رقم ١٧٨ .

[2] هشام صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية طبعة ٢٠٠١ ص ٥٨ .

هـــذا الاتجاه بحق المتعاقدين فى اختيار قانون العقد بصرف النظر عن اتسام الرابطة العقدية بالطابع الدولى من عدمه[1].

وقد انتقد الفقه فى فرنسا ، وفى مصر[2] هذا الاتجاه لأسباب نؤيدها ذلك أن هذا الاتجاه : يهدر التفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية كأساس لإعمـــال قـــواعد القانون الدولى الخاص ويبتدع معيارًا جديدًا فى إطلاق تكيـــيف العقـــد بوصفه دوليًا أو داخليًا ، وما يترتب على ذلك من آثار ، بالنظر إلى إرادة أطراف العقد من منظور اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على العقد فالعقد الوطنى الذى تتركز كافة عناصره فى دولة القاضى يكون دوليا إذا اتفق أطرافه على خضوعه لقانون أجنبى والعقد الدولى يكون وطنيًا إذا كان يخضع للقانون الداخلى لقانون القاضي.

أن هذا الاتجاه يقنن الغش نحو القانون ويعترف للمتعاقد بإضفاء الصفة الدولية على العقد الداخلى بما يخالف وصفه وتكييفه الصحيح.

كما أن هذا الاتجاه يخالف مبدأ مستقرًّا فى النظم القانونية المقارنة وهو مـــبدأ خضوع التكييف للعلاقة القانونية لقانون القاضى وأن ما يعتبر عقد دولـــيًّا أو وطنيًّا هى مسألة تكييف يستمدها القاضى من الخصائص الذاتية للـــرابطة العقدية ويخضع تقدير القاضى فى هذه المسألة لرقابة محكمة النقض وباعتبارها مسأله قانونية .

لـــذلك فإن هذا الاتجاه لم ينل من استقرار مبدأ دولية العقد . ولكن ما هو معيار هذه الدولية للتمييز بين العقود الدولية والعقود الوطنية.

---

[1] Guiliano la loi applicable aux contrats: problemes choisis, Recueil des cours, la Haye vol 158,1977,p.224 ets

[2] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٣.

وقـــد قضى بأن الطابع الدولى ctere internationalraCa للعقد هـــو شرط ضرورى فى العقد لاستطاعة المتعاقدين قانونًا أن يختاروا القانون الواجب التطبيق عليه[1] ولكن ما هو معيار الطابع الدولى فى العقد الذى يحدد النطاق الموضوعى لتطبيق قانون الإرادة ؟

يـــثور فى الفقه اتجاهان رئيسيان[2] يرى أحدهما توافر الطابع الدولى فى العقـــد متى تضمن عنصـــرًا أجنبـــيًّا سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه ، أو بمكـــان تنفيذه أو بموضوعه ، أو بأطـــرافه وذلك هو المعيار القانونى ، ورأى ثـــان يرى الطابع الدولى للعقد متى تجاوزت آثاره الاقتصادية حدود الاقتصاد الوطنى لأكثر من دولة فى إطار التجـــارة الدولية وذلك هو المعيار الاقتصادى.

أولاً : المعيار القانونى :

وفقـــا للمعـــيار القانونى Le critère Juridique يعتبر العقد عقدًا دوليًّا فيما لو اتصلت أحد عناصره القانونية بأكثر من نظام قانونى[3] وعناصر العقد ثلاث أطرافه ، أو محله ، أو الواقعة المنشئة له وقد أخذ الفقه التقليدى بمفهوم جامد للمعيار القانونى ، بحيث يعد تطرق الصفة الأجنبية إلى عنصر من عناصر العقد مؤديا إلى اعتباره ذات طابع دولى[4].

وعلـــى ذلك يعتبر العقد دوليًا إذا كان أطرافه أو أحدهما أجنبيًّا أو لو كان المال محل التعاقد كائنًا فى دولة أجنبية أو كان العقد قد أبرم أو نفذ فى

---

[1] Cass-. com. 19 Janvier 1976 : Rev. crit-. 1977 P.503 note BATIFFOL ; J.C.P 1977-2-18630 noteHANINE-.

[2] راجع رسالة الدكتور أحمد عبد الكريم تنازع القوانين فى القروض الدولية ، باريس ١٩٨١ ص ٢٠ وما بعدها.

[3]. د. أحمد عبد الكريم قانون العقد الدولى ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ص ١٨٤

[4] BATIFFOL : Traite …. , 1959 , no 681

غير دولة القاضى[١] .

وقـــد رأى جانب من الفقه الحديث ، بحق ، أن الأخذ بالمعيار القانونى إذا طبق بصفة جامدة يمكن أن يؤدى إلى نتائج غير مقبولة كأن يعتبر العقد دوليًا لمجرد أنه حرر على ورق من إنتاج مصنع فى دولة أجنبية[٢] .

لـــذلك يرى هذا الفريق من الفقه ضرورة التمييز بين عناصر العقد إلى عناصر فاعلة أو مؤثرة وعناصر غير فاعلة أو محايدة[٣] ، والعناصر الفاعلة أو المؤثـــرة هى التى يترتب على نعتها بالدولية أو الصفة الأجنبية تحريك بعض القواعد القانونية التى أعدت خصيصًا لحكم العلاقات الدولية بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلى ، وترتبط بأنظمة قانونية أخرى .

أمـــا العناصـــر غـــير الفاعلة أو المحايدة فى العقد ، فهى التى لا يكون لاتصافها بالدولية أو الصفة الأجنبية أثر فى نطاق نظام قانونى بل ستعتبر من العلاقات الوطنية[٤] .

وجديـــر بالإشارة أن وصف عناصر العقد بأنها فاعلة ومؤثرة أو غياب هـــذا الوصـــف بوصـــفها غير مؤثرة أو محايدة لا أثر له على وجود العقد وأركانـــه ولكن الأثر يتعلق بتكييف العقد أنه دولى أو وطنى ، وهو وصف

---

[1] Jean Michel Jacquet , le contrat international P.6

[2] هشام صادق – المرجع السابق – ص ٧٥ .

[3] انظرEl-KOSHERIE : La notion de contrat international , these, Rennes, 1962. P.537-.

وأيضًا الدكتور أحمد القشيرى : الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية : المجلة المصرية للقانون الدولى ، المجلد (٢١) سنة ١٩٦٥ ، ص ٧٥ .

[4] انظر ALFONSIN :Contribution a L`etude de la relation juridique en droil international prive , T.I,Melanges Maury, 1960 ,PP 27 -37 -.

نسبى يختلف باختلاف الرابطة التعاقدية فالجنسية الأجنبية للمتعاقدين لا تعد عنصرًا مؤثرًا فى عقود البيع وهى غير ذلك فى مسائل الأحوال الشخصية ، كذلك محل تنفيذ عقد البيع ، واختلاف موطن المتعاقدين من العناصر المؤثرة فى عقـــود البـــيع وكشف نسبية الطابع الدولى لعقد البيع تختلف باختلاف العلاقـــة محل التراع فإبرام عقد بيع سيارة فرنسية فى مصر بين تاجر مصرى (معـــرض لبـــيع السيارات) ومستثمر مصرى هو عقد محلى ولا أثر للصفة الأجنبية لمحل العقد أما دعوى المسئولية عن عيوب الصناعة عن نفس السيارة فالعنصـــر الأجـــنبى لمحل التنفيذ فى هذا الفرض مؤثر ويضفى على الرابطة العقدية الطابع الدولى بشأن مسئولية الشركة الأجنبية المنتجة للسيارة ، ويثير تـــنازعًا فى القانون الواجب التطبيق أمام القاضى الوطنى الذى طرحت عليه دعوى الضمان[1] .

الدولية الموضوعية والدولية الشخصية :

ويذهب رأى[2] إلى أن الإعمال الصحيح للمعيار القانونى لدولية العقد لا يقوم فقط على التفرقة بين عناصره المؤثرة وعناصره المحايدة ، وإنما يقتضى أيضا التفرقة بين الدولية المطلقة والدولية النسبية لروابط العقد.

وفكرة الدولية المطلقة أو الموضوعية والدولية النسبية أو الشخصية قال بهمـــا الأستاذ الفرنسى M. Pierre Mayer[3] وعنده أن العلاقة القانونية تتسم بالدولية الموضوعية فيما لو اتصلت عناصرها الذاتية بدولتين أو أكثر

[1] هشام صادق – المرجع السابق ص ٧٩ .

[2] هشام صادق – المرجع السابق – ص ٨٣ ، ٨٤ .

[3] Mayer (pierre) , Droit international prive , 4 en edition , Paris 1991 , No5 p. 11 - 12

وذلك بصرف النظر عن الدولة التى طرح النزاع أمام محاكمها.

ودولية العلاقة القانونية تكون شخصية أو نسبية إذا كانت عناصر هذه العلاقـة تتركـز فى دولة واحدة بينما طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى.

ويـذهب الـرأى[1] إلى أن الدولـية الموضوعية التى تتصف بها العلاقة القانونـية هـى التى تكفى لإضفاء الطابع الدولى المتطلب للرابطة العقدية كشـرط لإعمـال قاعدة التنازع التى تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الإرادة ، أمـا الدولـية الشخصية أو النسبية فلا تضفى الطابع الدولى على الـرابطة العقديـة لأن الرابطة العقدية تنتمى بعناصرها الذاتية لنظام قانونى واحد.

ويـذهب رأى[2] وبحق إلى أن هذا التمييز لا يدل على فائدة حقيقية ، ونضيف أنه يعتبر ، فى رأينا ، مصادرة على المطلوب لأن الدولية هى شرط لإعمـال قاعـدة التنازع على هذه الرابطة ، والمعيار القانونى كاشف لهذه الدولية وعلى ذلك فاشتراط الدولية ، مطلقة أو نسبية يعني افتراض الدولية للكشف عن الدولية ، وأخيرًا : إن توافر صفة الدولية بمعنى اتصال العلاقة القانونـية بأكثر من نظام قانونى أو لادولية وانحصار العلاقة القانونية داخل نظـام قانونى وعلى ذلك فوصف الدولية بالموضوعية أو الشخصية لا أثر له على وجودها والآثار المترتبة على هذا الوجود فى العلاقة القانونية.

ثانيًا : المعيار الاقتصادى :

ظهر المعيار الاقتصادى كمعيار لدولية العقد فى أحكام محكمة النقض

---

[1] هشام صادق – المرجع السابق ص ٩٠ .

[2] منير عبد المجيد – تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية ص ٢١ .

الفرنسية ، ويرى الفقه الفرنسى أن أول حكم أشار إلى ذلك المعيار فى قضية Pélissier Du basset[1] وجاء فى الحكم عبارة أن العقد يكون دوليًا إذا تميز بحركة مد وجزر عبر الحدود :

" il faut que le contrat produise, comme un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières, des conséquences reciproques dans un pays et dans l`autre"-.

وفى قضية Mardelé et Dambricourt [٢] أعطت محكمة النقض الفرنسية تعريفًا اقتصاديًا للعقد حتى يكون عقدًا دوليًا بأنه ذلك العقد الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية

" met en jeu des intérêt de commerce international "-.

وصدرت العديد من الأحكام الفرنسية تأخذ بالمعيار الاقتصادى[٣].

---

[1] Pelissier **du** Besset v. Societe The Algiers Land & warehouse. Cass.civ.17 mai1927 ,Clunet,1928 ,p.419 , D.,1928 ,pp.1-25, note de H.CAPITANT. Voir sur ce point: P.LEREBOURS-PIGEONNIERE, " A propos du contrat international " Clonet, 1951 ,pp.4-28.

[2] Civ.19 fevrier 1930 et 27 janvier 1931, S., 1933.1.41, note J.P. NIBOYET,Rev.crit.DIP ,1931 , P-514.Aussi- J. BEGUIN, L`arbitrage commercial international Centre de recherche en droit international prive ét comparé du Quebec. Montreal,1987,pp.81-94.

[3] Paris,10 avril 1957.J.C.P. 1957, II,10078, note H. MOTULSKY, Colmar, 29 nov.1968 , J.C.P. 1970-.II.16246 , note B. OPPETIT et P.LEVEL , Rev. crit. DIP,1968,p.149 ; Paris.20 juin 1969, Rev.crit.DIP,1969,P.738, note E.

إلا أنه يلاحظ أنه بداية من حكم :

L`arrét Soc Imex v soi PAZ Malteria Adriatica et Malteria Tirena

بـــدأت تشـــير أحكام النقض الفرنسية بوضوح إلى العنصر الأجنبى فى العقـــد واتصـــاله بأكثر من نظام قانونى للاعتراف بدوليته مع الإشارة إلى مصالح التجارة الدولية فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية أحكام الاستئناف الـــتى اعترفت بالطبيعة الدولية لاتفاق تحكيم يتعلق بتنفيذ عقود موضوعها تصـــدير شـــعير لصناعة البيرة من فرنسا إلى إيطاليا والبائع شركة فرنسية ومقـــرها فرنســـا إلى شركات إيطالية مركزها ومقر إدارتها فى إيطاليا مع الإشارة فى الحكم إلى مصالح التجارة الدولية[1] .

أمـــا الاتجاه الحديث فى القضاء الأمريكى فإنه يقرن أو يجمع بين المعيار القانـــونى والمعـــيار الاقتصادى وذلك فى حكم L'arrét Zapata et sherk ويؤكد على ذلك الأستاذ Delaume بقوله[2]:

"On the economic side. The factors to be considered are the particular transnational nature of the services rendered or the agressive economic penetration of new fields of activites by one of the partners."

MEZGER.D.,1970 ,Som.33.Clunet, 1971 ,P.118,note B. OPPETIT , Clunet,1977,p.341,note B. OPPETIT.

[1] Cass,18 mai 1971. clunet.1972.p. 63.

[2] G. DELAUME " what is an international contract ?28, International and Comparative Law Quarterly,(1979),p.269.

وفى حكم أمريكى آخر

Pioner properties Inc.v. Martin,

District court- Kansas وفى حكم محكمة كانساس

بتوافر الطبيعة الدولية للعقد الذى يتعلق بمشروع استثمارى مشترك بين مدع فى كندا وبيع ممتلكات فى كندا[1].

أمـــا المشرع الفرنسى فقد أخذ بالمعيار الاقتصادى فى نطاق التحكيم فالمادة ١٤٩٢من قانون المرافعات الفرنسية تنص « يكون التحكيم دوليًا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية » .

أما بالنسبة للبيع الدولى للبضائع فيرى الفقه أن السائد هو المعيار القانونى وذلك هو اتجاه القضاء .

يرى الأستاذ Batiffol[2] أن العقد يكون دوليًا إذا اتصل بأكثر من نظام قانونى من حيث إبرامه أو تنفيذه أو جنسية أطرافه أو محل إقامتهم أو تركيز موضوعة.

يردد نفس المعنى Mr louis lucas[3] .

وذلك هو المعيار القانونى الذى أخذت به بصفة أساسيه اتفاقية روما ١٩٨٠ واتفاقيات لاهاى وذلك ما سنعرض له.

ثالثًا : ضابط الدولية فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ :

نصـــت المـــادة الأولى من اتفاقية لاهاى على أنه : تحدد هذه الاتفاقية

---

[1] 557 F.Sepp.135 c.(d.Kans.1983).

[2] Rep. Dalloz, Droit international ,voir:" Contrats et conventions " no9.

[3] LOUIS-LUCAS, " Portee de la distinction entre droit prive interne et droit international prive" Clunet, 1962,p.884.

القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع :-

أ- بين أطراف توجد أماكن عملهم فى دول مختلفة.

ب- أو فى جميع الحالات التى يوجد فيها تنازع بين قوانين تلك الدول إلا إذا كـــان هـــناك اتفاق مكتوبا بين أطراف العقد باختيار القانون واجب التطبيق حتى لو كان هذا الاتفاق عند اختيار المحكمة أو هيئة التحكيم ٠

ويلاحـــظ أن اتفاقية لاهاى تبنت المعيار القانونى فقط فى توافر الطابع الدولى فى عقد البيع الدولى للبضائع واعتدت بالعنصر الأجنبى فى عقد البيع متمثلاً فى وجود مركز أعمال أطراف العقد فى دول مختلفة ، و لم تأخذ فى الاعتـــبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أيضا لم تأخذ فى الاعتبار محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

وجديـــر بالإشـــاره هنا إلى نص المادة ٢/١٤ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ والتى تنص على أنه : « إذا لم يكـــن لأحد الأطراف مركز أعمال Place of business وجب الأخذ بمكان إقامته العادية.

residence habitul habituel .

وعلـــى ذلك فمعيار الدولية وفقًا لحكم المادة الأولى من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ هـــو اتصال عقد البيع بأكثر من نظام قانونى أو بتعبير آخر ارتباطه بأكثـــر من دولة ، و لم تشترط م١ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ أن تكون هذه الدول متعاقدة على خلاف نص م ١/١ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ التى تشترط أن يكون مركز أعمال المتعاقدين فى دول متعاقدة ٠

كذلك أكدت نص م ١ فقرة ب من اتفاقية لاهاى ١٩٨٠ أن اختيار المـــتعاقدين لقانون معين وخضوعهم الاختيارى لاختصاص قاض أو محكم معين لا يكفى لإضفاء صفة الدولية على عقد البيع وهو ما سبق أن نصت

عليه م ٤/١ من اتفاقية لاهاى لسنة ١٩٥٥ فى شأن البيوع الدولية للبضائع وما ذهبت إليه العديد من أحكام القضاء الفرنسية[1].

ونخلص من ذلك أن معيار الدولية وفقًا لحكم المادة الأولى من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ هو اتصال عقد البيع بأكثر من نظام قانونى أو بتعبير آخر ارتباطه بأكثر من دولة.

وذلك هو نفس المعيار الذى نصت عليه اتفاقية فيينا ١٩٨٠ فى مادتها الأولى ، وبمراجعة نص المادة الأولى من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ يتبين أنه توجد حالتان تتحقق بهما الدولية وهما :-

الحالة الأولى : إبرام عقد البيع بين أطراف توجد أماكن عملهم فى دول مختلفة : مثال ذلك أن يقع البيع بين مشتر توجد منشآته فى الأرجنتين « دولة صدقت على الاتفاقية » وبائع توجد منشآته فى هولندا « دولة وقعت على الاتفاقية » وتطبق الاتفاقية فى هذا الفرض دون اعتبار لما تقضى به قاعدة التنازع فى قانون القاضى ، حتى لو نصت هذه القاعدة بتطبيق قانون دولة أخرى .

الحالة الثانية : فى جميع الحالات التى يوجد فيها تنازع بين قوانين دول مختلفة ما لم يكن هذا التنازع ناشئًا فقط عن اتفاق بين أطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق حتى لو كان هذا الاتفاق عند اختيار المحكمه أو هيئة التحكيم.

ووفقًا لذلك النص يتوقف تحديد دولية العقد على قواعد القانون الدولى الخاص فى دولة القاضى ، لأنها هى التى ستحدد أنه يوجد تنازع بخصوص

---

[1] محكمة استئناف Rouen ٢٧ نوفمبر ١٩٨٦ ، Rev - ARB ١٩٨٧ ص٣٢٩ حيث قررت المحكمة أنه لا يجوز اعتبار التحكيم – وبالتالى العقد محل النزاع – دوليًا لمجرد أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق قانون أجنبى فى شأنه .

العقد المطروح أمامها وما هو القانون الواجب التطبيق.

وفى رأينا أن هذا النص معيب من ناحيتين : -

١) أنـــه يفتح نطاق تطبيق الاتفاقية لبعض عقود البيع الدولية دون أن يحـــدد معـــيارًا محددًا للدولية مما يفتح مجال التحكم واختلاف الأحكام فى مسألة تتعلق بالتكييف الذى سيخضع لقانون القاضى.

٢) يجعـــل نطاق تطبيق أحكام الاتفاقية على عقد البيع الدولى متوقفا علـــى نصوص قواعد التنازع الوطنية التى تختلف من دولة لأخرى فى نفس الـــتراع المتعلق بذات عقد البيع الدولى الذى سيخضع لأحكام الاتفاقية إذا عـــرض أمام قاض تقضى قواعد التنازع فى قانونه الإشارة إلى قانون دولة مـــتعاقدة باعتباره القانون الواجب التطبيق ، ويختلف الحل إذا عرض أمام قـــاض فى دولـــة أخـــرى لا تشير قواعد التنازع فى قانونه إلى قانون دولة أخري.

ولعـــل مـــا يخفف من أثر ذلك النص ، استدراك نص المادة ٢١/أ من اتفاقـــية لاهـــاى بالنص على أنه" يجوز لأى دولة أن تعلن وقت التوقيع أو التصديق ، أو القبول ، أو الموافقة ، أو الانضمام على الاتفاقية أن تعلن أنها تتحفظ :

أ- أنهـــا لـــن تطبق أحكام الاتفاقية فى الحالات المشار اليها فى الفقره الفرعية ب من المادة الأولى .

ومعـــنى هـــذا التحفظ أن الدول التى تصدر مثل هذا الإعلان لا تلتزم بتطبـــيق الاتفاقية إلا إذا كانت منشآت أطـــراف البيع موجـــودة فى دول مختلفة.

ويجـــب أن يكـــون اختلاف أماكن منشآت البيع لأطراف عقد البيع

الدولى واضحا لا إبهام فيه ، ويتحقق هذا الوضوح إما من العقد ذاته ، كما لو كان واردًا فيه أماكن منشآت الأطراف ، وإما من المعاملات السابقة بين المـــتعاقدين ، أو فى المعلـــومات المتبادلة فى مرحلة التفاوض أو أثناء انعقاد العقد.

فإذا أحاط الغموض بهذا العنصر الأساسى لتوافر صفة الدولية لعقد البيع يجـــب استبعاد العقد من نطاق تطبيق الاتفاقية لفقدان عنصر الدولية الذى اعتمدته الاتفاقية.

وقـــد تصدت المحكمة الفيدرالية بفلوريدا فى ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٢ لهذه المسألة[1] بمناسبة دعوى رفعتها ثلاث شركات : شركة أسبانية « امبلس » وشركة أرجنتينية « بسيار » وشركة أمريكية « امبلس الولايات المتحدة » ضـــد شركة كندية « بسيون تكلوجيكس » وكان موضوع الدعوى عدم اعتداد المدعين بعقد أبرمته المدعى عليها مع شركة إنجليزية فى لندن فى شهر ســـبتمبر ٢٠٠٠ بمقتضـــاه تـــنازلت عن عقودها ببيع منتجات الكمبيوتر وتوزيعها فى أمريكا اللاتينية لصالح الشركة الإنجليزية .

واعتـــبر المدعـــون أن ذلك العقد يمثل خرقًا للعقد المبرم فى ٢١ يونية ٢٠٠٠ بينهم وبين المدعى عليها ببيع وتوزيع منتجات الكمبيوتر .

ومـــا يهمـــنا فى هذه الدعوى هو حكم المحكمة الذى تصدى مباشرة لمســـألة دولية العقد واعتداده بالمعيار القانونى على نحو صريح وظاهر حيث قررت المحكمة : « لا يلتفت إلى كون مركز أعمال الأطراف توجد فى دول مختلفة إذا لم يبين ذلك فى العقد أو من أى معاملات سابقة بين الأطراف أو فى المعلومات التى أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو فى وقت انعقاده».

[1] U.S.District court for southern district of florida , cass no.oi-7541-civ-Zloch,22 nov-.2002 hattp: //www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases 2/021122ul html.

وبـــناء علـــيه حكمت المحكمة بعدم خضوع العقد موضوع الدعوى لاتفاقية فيينا لعقود البيع الدولية للبضائع لتخلف شرط الدولية وفقًا لأحكام الاتفاقية.

وعلـــى ذلك فإنه وفقًا لنص م ٢١/أ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ يترتب على استعمال ذلك التحفظ نتيجتان :-

الأولى : استبعاد تطبيق نص المادة ١/ب من الاتفاقية .

الثانية : أن الدولة التى قررت التحفظ سيخضع تقدير توافر الدولية فى عقد البيع وفقًا لمفهومها السائد فى نظامها القانونى والذى يلتزم به قضاؤها مالم يكن للأطراف أماكن عمل فى بلاد مختلفة .

وفى هـــذه الحالة تقرر اتفاقية لاهاى أن الدولية لا تقرر فقط على مجرد اختـــيار الأطراف لقانون واجب التطبيق حتى لو كان هذا الاتفاق مصاحبًا لشرط بإسناد الاختصاص القضائى أو شرط تحكيمى .

رابعًا : المقصود بمحل العمل فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦:

يمثل محل العمل فى عقد البيع الدولى للبضائع محل العنصر الأجنبى المتمثل فى وجود محال أو أماكن أعمال لأطراف العقد فى دول مختلفة . وقد ذكرنا أن الاتفاقـــية لم تأخـــذ فى الاعتبار جنسية الأطراف ، ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف ، أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه . لذلك عند الأهمية بمكان تعريف المقصود بمحل العمل فى اتقافية لاهاى .

ورد محل العمل فى النسخه الإنجليزية من الاتفاقية فى لفظى هما : Place of business أمـــا النســـخة الفرنســـية فقـــد استعملت لفظًا واحدًا هو établissement و لم يرد فى الاتفاقية أى تفسير لهذين المصطلحين-.

وقـــد أشـــار رأى فى الفقه[1] بمناسبه بحثه حول اتفاقية فيينا بشأن البيع الـــدولى للبضائع إلى اختلاف مدلول اللفظين ولان العلاقه وثيقة بين هذه الاتفاقية واتفاقية لاهاى ١٩٨٦ لأن الاتفاقية الأولى تناولت القواعد المادية للبيع الدولى للبضائع ، واتفاقية لاهاى تناولت قواعد التنازع الخاصه بالبيع الـــدولى للبضائع إضافة إلى أن نفس النصوص التى اشارت إلى المصطلحين مـــتطابقة فى الاتفاقيـــتين فقد وردت فى المادة ١٠ من اتفاقية فيينا ونفس النصوص مكررة حرفيًا فى نص المادة ١٤ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦.

ويفضل ذلك الرأى استعمال مصطلح منشأة باعتباره اللفظ الأقرب إلى المقصود لأن الأمر الذى يهم الاتفاقية ليس هو المكان الذى يوجد به .

لأطراف البيع أى عمل ، وإنما هو المكان الذى توجد به منشأهم الذى يعقدون البيع بمناسبة أمور تتعلق بها.

ونـــرى أن فى فقه القانون الدولى الخاص البحث عن مدلول مصطلح

---

[1] د. محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ص ٥٦، ٥٧.

établissement أو place of buisiness وانــتقاء اللفظ العربى المعبر عن ذلك المصــطلح لــه يعــد أكثر أهمية لأنه يتعلق بقاعدة إسناد تشير إلى القانون الــواجب التطبــيق على عقد البيع الدولى فضلاً عن أن مصطلح place of buisiness باللغــه الإنجليــزية ترجمته الحرفية مكان عمل وكذلك ترجمه مصــطلح etablissement باللغــة الفرنسية تعنى منشأه وواضح اختلاف مدلول اللفظين وان كان الاصطلاح الانجليزى ترجمته الحرفيه لها معنى بسيط ولكنه غير كاف و غير مميز.

لذلك فإننا سنعرض لاراء الفقه واحكام القضاء حول مدلول مصطلح etablissement لــنحاول أن نصــل إلى معناه القانونى وما يقابله فى اللغة العربية.

وأهمــية تحديــد هذا المصطلح هو أن التجار خاصة فى عصرنا كثيرى التــنقــل فهم يتفاوضون على عقودهم فى مراكز تجارية عالمية فى جينيف وباريس وروما ونيويورك وقد تستغرق المفاوضات أشهر وفى أماكن محايدة أو مؤقتة مثل فنادق ، صالة اجتماعات أو مكاتب مستأجرة لهذا الغرض ، فهل محل إقامة التجار المؤقتة هى محل إقامتهم فى مرحلة المفاوضات.

يــرى J.Honnold[1] أن مفهوم etablissement يجب أن يفسر باعتباره المكان الدائم والقانونى للتاجر

" l`emplacement permanent et regulier du commercant "

أى أن المكان المعتاد الذى يباشر فيه أعماله المتعلقة بالتجارة ولايدخل فيه المكان المؤقت الذى تمت فيه المفاوضات.

---

[1] J'HONNOLD-. Uiform low for International Sales under the 1980 UN Convention , Deventer , Kluwer law and texatation , 1982 para. 43. p81.

ان مصطلح etablissement فى اللغة الفرنسية بالبحث عنها فى قاموس ROBERT نجد :

" Etablissement l`ensemble des installations établies pour l`exploitation , le Fonctionnement d`une entreprise "

« مجموع الانشاءات المقامه لاستغلال واداره مشروع »

أما مصطلح place of business فهو وفقا للقاموس القانونى الانجليزي.

Black`s law Dictionary :

" place of business : the location at which one carries on his business or employment "

مكان الأعمال : هو الموقع الذي تنفذ فيه الأعمال أو مهام الوظيفة.

وبالـــرجوع للأعمال التحضرية فى اتفاقية فيينا نجد أنها رفضت تعريف etablissement بأنـــه مخزن أو مستودع أو غرفة فى فندق ، أو مكتب تمت فيه المفاوضات[1].

وقـــد أشـــار الـــوفد الـــيابانى فى مفاوضات اتفاقية فيينا أن اصطلاح etablissement يعنى أنه مكان الإداره الرئيسى أو الفرع succursale

ويســـتقر القضـــاء فى ألمانيا على تعريف etablissement وفقا لنظرية المكان الفعلى للإداره.

Theorie du lieu de direction effective (bezugstheorie)[2]

---

[1] OFFICIAL Records on the Vienna convention , conference Analysis of comments and proposals , part 11, B,1 (art.9) commentary of icc >

[2] G.REINHART , " DIX ans de Jurisprudence de la RFA a propos la loi Uniforme sur la vente internationale d`objets mobiliers corporels Rev.de -.dr. unifarme , 1984,p430-.

وليس وفقًا لمفهوم نظرية المكان الرئيسى للإدارة :

Theorie du lieu principal (hauptsitzlheorie) .

وإزاء اختلاف المدلول اللغوى لكل من مصطلح etablissement ، ومصطلح place of business فإننا نرى أن المصطلح الفرنسى أكثر تعبيرًا من حيث اللغة وبالنسبة لاختلاف الفقه حول المدلول القانونى لمصطلح etablissement فإننا نفضل ما ذهب إليه القضاء الألمانى بترجيح المكان الفعلى للإداره عن المكان الرئيسى للإداره باعتبار أن الأول أكثر تعبير عن الصلة بين العقد ومحل التعاقد -. ونفضل فى النهايه استعمال كمصطلح عربى محل العمل باعتبار يقابل مصطلح etablissement الوارد فى الاتفاقية لأن تعريف منشأة باعتبارها كيان قانونى تثير كثير من المشاكل والتعقيدات حول القانون الواجب التطبيق كذلك تعبير مكان العمل يعبر ماديًّا فقط عن مكان قد لا يرتبط من الناحية الفعلية بعقد البيع الدولى.

بعد هذا الاختيار فى نظرنا نشير إلى أن مسأله محل العمل تتعلق بالتكييف ويختص القاضى من خلال الوقائع وظروف التعاقد بإبرام العقد ليحدد هل توافر محل العمل أم لا ، والمرجع فى التكييف وفقا للقاعدة المستقرة هو قانون القاضى ، م ١٠ من القانون المدنى المصرى. يبقى سؤالان أجابت عليهما المادة ١٤ من اتفاقية لاهاى وهما :

الأول : ماذا لو كان لاحد طرفى البيع أكثر من محل عمل ؟ وأى من هذه المحال له الافضلية بمناسبة عقد بيع دولى بالنسبة لتطبيق أحكام الاتفاقية أو عدم تطبيقها ؟

أجابت م ١/١٤ من الاتفاقية بأنه إذا كان لأحد المتعاقدين أكثر من محل بيع واحد فيقصد بمحل البيع المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه،

مـــع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده.

الثانى : إذا لم يكن لأحد الطرفين محل عمل؟

أجابت م ٢/١٤ من الاتفاقية بأنه إذا لم يكن لأحد الطرفين محل عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته العادية .

الباب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى حال اتفاق إرادة الأطراف

ويـثير مبدأ حرية المتعاقدين فى التعبير عن إرادهم باختيار قانون العقد وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ثلاث مسائل رئيسية هى :

أولاً : أن هذا المبدأ أو مايعبر عنه بمبدأ حرية الإرادة أو سطان الإرادة هـو المـبدأ السائد فقها وقضاءً ونصت عليه التشريعات الحديثة وكذلك الاتفاقـيات الدولية وأهمها اتفاقية روما فى ١٩يونية ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

لـذلك فـإن من المهم ، فى نظرنا ، أن نمهد لدراسة تطبيق هذا المبدأ للتعـرض لمفهـومه وموقف الفقه الداعى له ، وسنتاول ذلك فى المبحث الأول .

ثانيًا : أن بحث مبدأ حرية المتعاقدين فى التعبير عن إرادهم باختيار قانون العقد وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ يقتضى مقابلة النص الذى قنن ذلك المبدأ فى اتفاقـية لاهاى مع النصوص المقابلة فى الاتفاقات الدولية من ناحية ، ثم تـناول قاعدة الإسناد الأصلية التى تبنتها الاتفاقية « خضوع العقد القانون الإرادة » ثم الـبحث حول صور التعبير عن الإرادة ، فالتعبير الأصل فيه أن يكـون صريحًا ويمكن أن يكون ضمنيًا ، ولكن ما هو حكم التعبير السلبى

عن الإرادة أو عدم اختيار قانون للعقد كلية أو تغيير هذا الاختيار بعد إبرام العقد أو الاختيار الجزئى لقانون معين لحكم أحد جوانب العقد فقط ، ثم ما هــو أثــر الاتفاق على الاختصاص القضائى على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى. وسنتاول ذلك فى « المبحث الثانى » .

ثالثًا : ثم نعرض أخير لمبدأ تجزئة العقد باعتباره نتيجة طبيعية لمبدأ حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد « المبحث الثالث » .

المبحث الأول

مبدأ سلطان الارادة فى فقه القانون الدولى الخاص

أولاً : مبدأ سلطان الإرادة :

أ : نشأة مبدأ سلطان الإرادة

١- تـــرجع جذور مبدأ سلطان الإرادة إلى القانون الروماني[1] وذلك فى دائـــرة العقود الرضائية والعقود البريطورية Pacte prectorien والعقود الشرعيه Pactes legitimes ولكن يبقى المبدأ السائد فى القانون الرومانى الشكلية وأنه لم يعترف فى أى عصر من عصوره بمبدأ سلطان الارادة كاملاً وأنه لم يقرر فى أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة فى العقود بوجه عام .

واستمر مبدأ الشكلية فى العصور الوسطى حتى القرن الثانى عشر ثم بدأ تدريجـــيا اســـتقلال الإرادة بتكوين العقد وكان لذلك أثر سلبى فى تناقص الشكلية .

وجاء عصر النهضة فى القرن السابع عشر والقرن الثامن عشر وانتشرت النظـــريات الاقتصادية والفلسفية والسياسية وكلها مشبعة بروح الفردية ، وان هناك قانونًا طبيعيًّا قائمًا على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وأن غايـــة الـــنظم الاقتصـــادية الاجتماعـــية هـــى حماية حرية الفرد ، وقام الفزيوقـــراطيون Physiocrates ينادون بالحرية الاقتصادية قانونًا طبيعيًا ، وكـــان لنظـــرية روسو فى العقد الاجتماعى والذى أرجع مصدر سلطان الحـــاكم لعقـــد رضـــائى بينه وبين المحكومين فى ذلك العصر وأصبح مبدأ

---

[1] السنهورى – الوسيط – المجلد الأول – نظرية الالتزام – ص ١٤٢ .

ســـلطان الإرادة سائدًا ثابتًا باعتباره من عقائد هذا العصر ، وقد قنن قانون نابلـــيون فى أوائـــل القرن التاسع عشر هذا المبدأ باعتباره أحد المبادئ التى قامت عليها الثورة الفرنسية[1].

ويخـــتلف مفهوم مبدأ سلطان الإرادة فى العلاقات الوطنية والتى تخضع للقانون الوطنى عن مفهومه فى العلاقات الخاصة الدولية والتى تخضع للقانون الدولى الخاص أو بتعبير أدق لمنهج التنازع[2].

ب : مفهوم مبدأ سلطان الإرادة :

يعـــنى مـــبدأ سلطان الإرادة أن كل الالتزامات ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحـــرة ، وكـــذلك يمتد المبدأ ليحكم الآثار التى تترتب على هذه الالتزامات.

وتتجلى هذه الإرادة فى العقد فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما ، ولا يلتـــزم أحد بعقد لم يكن طرفًا فيه ، كما لا يكتسب أحد حقا من عقد لم يشـــترك فـــيه[3] إلا أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مبدأ مطلقًا حتى فى أوسع مجالاته وهى الالتزامات التعاقدية وذلك بسبب النظام العام والقواعد الآمرة بـــل وتستبعد التشريعات مبدأ سلطان الإرادة من بعض طوائف العقود مثل عقـــود العمل وعقود الإذعان وعقود حماية المستهلكين ، كما تخضع بعض العقـــود لإجراءات شكلية كما فى الهبة والرهن الرسمى وهى تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية.

خلاصـــة القول أن نطاق مبدأ سلطان الإرادة لا ينتج أثره القانونى فى

---

[1] السنهورى – المرجع السابق – ص ١٤٤ .

[2] د. أحمد عبد الكريم – قانون العقد الدولى – الطبعة الأولى ٢٠٠١ ص ٧ وما بعدها .

[3] السنهورى – المرجع السابق – ص ١٤٤ .

العقـــد فى إنشـــاء الحقوق وتحمل الالتزامات إلا فى الحدود التى يعترف له القانـــون بهـــا أو التى لا يستبعده عنها حيث تتوازن فى تقدير المشرع إرادة المتعاقدين مع العدالة والصالح العام[١].

ثانيًا : الفقهاء الرواد الذين نادوا بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة :

يعتـــبر المحامـــى والفقيه الفرنسى ديمولان أول من قال فى فقه القانون الدولى الخاص بمبدأ سلطان الإرادة وكان ذلك فى القرن السادس عشر ، ثم جاءالفقيه الألمانى سافينى فى القرن التاسع عشر مجددًا ومبدعًا فى فقه القانون الدولى الخاص ثائرًا ورافضًا لمبدأ إقليمية القوانين الذى كان سائدًا فى أوروبا وأمـــريكا ومـــتجها نحو العالمية بناء على فكرة الاشتراك القانونى ، وفكرة تركيز العلاقة القانونية فى مقرها وفكرة الخضوع الإرادي. ثم أنشأ السياسى والفقـــيه الإيطـــالى مانشـــينى فى القرن التاسع عشر فقهها جديدًا فى تنازع القوانين يقوم على قاعدة شخصية القوانين بمعنى امتدادها إلا أنه أورد عليها استثناءات من ضمنها قانون إرادة المتعاقدين.

قاعده خضوع العقد لقانون الإرادة :

١- ديمـــولان (١٥٠٠- ١٥٦٦) : أول مـــن قال بمبدأ استقلال الإرادة[٢].

---

[1] السنهورى – المرجع السابق – ص ١٤٩ .

[2] راجع فى هذا الموضوع

Thireau, Charles Du Moulin, Etude sur les sources, la méthode, les idees politiques et économiques d`un juriste de la renaissance,1980-.

GRUBER-MAGITOT, les conflits de coutumer en matière de contrats dans la jurisprudence des farlemrnts, de Dumoulin au code civil,1980-.

Principe d`autonomie de la volonté

وكانـــت القاعـــدة السائدة فى فقه الأصول قبل ديمولان هى خضوع التصرف القانونى لقانون محل إبرامه locus regit actum وقد كان نطاق هـــذه القاعدة واسعا يشمل التصرف من حيث موضوعه ومن حيث شكله ولا يحده قيد من حيث نوع التصرف.

والجديد فى نظرية ديمولان أنه أدخل عنصر الإرادة لمعرفة القانون الذى يحكـــم العقد. فقال : إن هذا القانون هو قانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضـــمنية ، أى المســـتفادة من ظروف العقد فيحتمل إذن أن يكون هذا القانـــون خلاف قانون محل العقد وهذا الحل أو النتيجة تخالف تماما لما كان سائدًا فى ظل النظرية الإيطالية القديمة وما قال به Bartole [1].

ويبرر ديمولان خضوع العقد لقانون الإرادة بأن الإرادة هى التى توجد العقـــد ، أى أنها هى مصدره وليس القانون ، وهى التى تحدد القانون الذى يجـــرى اتفـــاق المتعاقدين وفق أحكامه. وقد تكون إرادة المتعاقدين فى هذا التحديد صريحة وهذا هو الأقل حدوثًا وقد تكون ضمنية تستقى من ظروف الحال ، وهذا هو الأكثر حدوثًا. وقد لاتوجد هذه ولا تلك فيعتد بالإرادة المشـــابهه لـــلإرداة الحقيقية وهى ما أسماه الفقهاء فيما بعد الإرادة المفترضة .presume

وجديـــر بالإشارة أن القاعده التى ابتدعها ديمولان كانت تتعلق بالحل الـــذى اقتـــرحه لإعفاء النظام المالى الاتفاقى للزوجين من الخضوع لقانون واحـــد لـــو وقعت أموالهما فى أكثر من مقاطعه وأنه قد عمم القاعدة التى

Yvon lossouarn et Pierre Bourel Droit international privé, 7 ed.Dalloz p.78 et 79-.

[1] د. حامد زكى ، القانون الدولى الخاص المصرى ، الطبعه الاولى ١٩٣٦ ص ١٠٤-١٠٥-.

ابتدعها لتطبق على سائر العقود وبذلك جعل من الإرادة ضابطًا لحل تنازع القوانين فى حكم العقد المتضمن عنصرًا أجنبيًا[1].

٢- سافينى (١٧٧٩ – ١٨٦١) : نقطة البداية عند الفقيه سافيني[2] أنه عندما تتجاوز العلاقة القانونية الخاصة النطاق الوطنى الداخلى لدولة ما فإن هذه العلاقة القانونية الخاصة يجب أن تخضع للنصوص القانونية للبلد الذى يرتبط به هذا التصرف أو هذا العقد. ووفقا لنفس المنطق فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يخضع لنفس القاعدة.

يرى سافينى أن لكل علاقة قانونية موطنا أو محلا siege, assiette ترتكز عليه ، فيجب البحث عن هذا المحل إذ إن تحديده معناه إخضاع العلاقة القانونية لقانون هذا المحل[3].

وطريقة سافينى طريقة تحليليةanalytique لأنها تقوم على تحليل العلاقات القانونية وإذا عرف مركزassiette هذه العلاقة أخضعناها لقانون هذا المركز.

ويرى سافينى أنه بالنسبة للالتزامات التعاقدية يعتبر مركزها أو مقرها هو محل تنفيذها على أساس الخضوع الإرادى ، فى المحل المقتضى تنفيذ الالتزام فيه فتخضع لقانون هذا المحل lex solutiones ، أو بتعبير آخر قانون البلد الذى يقع فيه هذا المحل . والخضوع الإرادى ، بمعنى أن يعتبر

---

[1] د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين – طبعة ٩ سنه ١٩٨٦ ص ٤٢٠.

[2] YVON loussouarn et pierre Bourel , Droit international prive 7 editition , 2001,p.88.

[3] Bartin , partie 3,p.156-.

مقـــرًّا للشخص أو للعلاقة المكان الذى إرادة الشخص مقر له أو للعلاقة[1] ويذهب سافينى إلى أنه إذا لم يسعف الخضوع الإرادى فى التعرف على مقر العلاقة القانونية ، تحدد هذا المقر وفق ماتقضى به (طبيعه الأشياء)[2].

أما الشكل الخارجى للتصرف فيخضع لقانون الجهة التى تم فيها .

وقد أضاف سافينى قيدًا هاما لتطبيق القوانين الأجنبية وهو الأخذ بفكرة الـــنظام العام وتتميز طريقة سافينى أنها تضع الحلول مقدمًا لمختلف مسائل تنازع القوانين.

٣- مانشينى (١٨١٧-١٨٨٨) :

أنشـــأ السياسى والفقيه الإيطالى مانشينى فقها جديدًا فى تنازع القوانين يقوم على قاعدة شخصية القوانين بمعنى امتدادها – وتقوم هذه القاعدة على فكـــرة أن القوانين توضع لأشخاص وليس لأقاليم وبعبارة أخرى أن الدولة تضـــع قوانينها لأفرادها ورعاياها المقيمين فيها[3] فيجب أن يخضع الشخص لقانـــون جنسيته بصرف النظر عن الإقليم الذى يكون فيه. ومنطق نظرية مانشينى مناهض لمنطق نظرية الإقليمية الذى كان سائدًا[4].

إلا أن مانشـــينى لم يطلـــق فى التطبـــيق مبدأ شخصية القوانين بل وضع اســـتثناءات[5] ومـــن هذه الاستثناءات الالتزامات التعاقدية التى يحكمها مبدأ سلطان الإرادة بمعنى أنه فى نطاق العقود والالتزامات لابد من الأخذ بالقانون الذى يختاره الطرفان بصرف النظر عن القانون الشخصى لكل من المتعاقدين.

---

[1] د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٥٠ .

[2] د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٧ ومابعدها.

[3] د. حامد زكى المرجع السابق ص ١٤٢.

[4] د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٥٣.

[5] LOUSSOURAN et Bourel المرجع السابق ص ٩٢

ثالثًا : النظريات الفقهية فى مدى دور الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

ثار فى فقه القانون الدولى الخاص نظريتان فى مفهوم مبدأ سلطان الإرادة فى مجـــال العقود الدولية ، أو بتعبير آخر فى دور الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

١- النظرية الشخصية : وترى أن إرادة الأفراد حرة وطليقة فى إبرام العقد وتحديد شروطه ، وإذ ينشأ العقد يصبح ملزمًا لأطرافه بوصفه شريعة المتعاقدين[1] .

ومـــنطق هـــذه النظرية يقوم على أن أساس حق المتعاقدين فى اختيار القانـــون الذى يحكم العقد هو مطلق سلطان الإرادة الذى يؤدى إلى تحرر العقـــد من سلطان القانون ، وبالتالى إخراجه من مجال تنازع القوانين وفقًا لمدلولها فى فقه القانون الدولى الخاص[2] .

ووفقًـــا للنظـــرية الشخصية ، يندمج القانون المختار فى العقد لتصبح أحكامـــه مجـــرد شـــروط تعاقدية ارتضاها المتعاقدون ، ويترتب على هذا الاندماج نتائج قانونية .

هـــو أن خطأ محكمة الموضوع فى تفسير نصوص القانون الأجنبى الذى اخـــتارته إرادة المـــتعاقدين يفلت من رقابة محكمة النقض ، وجواز اتفاق الأطـــراف على استبعاد الأحكام الآمرة فى القانون المختار ، وتجزئة العقد بـــدون قيود ، وعدم اشتراط وجود أى صلة[3] بين القانون الواجب التطبيق

---

1 د. هشام صادق – المرجع السابق ص ١٢٢ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية طبعة ٢٠٠١ ص ١٢٢ .

2 د. هشام صادق – المرجع السابق ص١٥٣ .

3 د. هشام صادق – المرجع السابق – ص ١٣٦ .

والعقــد ، بمعــى أنه يستطيع المتعاقدون اختيار قانون محايد[1] ورفض فكرة الإحالة[2] وثبات القانون المختار وعدم الاعتداد بتعديلاته التشريعيه اللاحقه على إبرام العقد أو حتى إلغائه[3].

ورأى جانــب من الفقه إطلاق تسمية لهذا العقد وفقًا لمفهوم النظرية الشخصية بأنه العقد الطليق[4].

ويشير الفقه[5] إلى أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بهذه النظرية فى ٥ ديسمبر عام ١٩١٠[6] عندما قررت فى حكم شهير بأن : « القانون الواجب التطبيق على العقود — هو القانون الذى تبنته إرادة المتعاقدين » .

ويشير الفقه إلى أن التطبيقات الأكثر لهذه النظرية أمام قضاء التحكيم .

٢– النظرية الموضوعية :

انــتقد الفقــه الغالب فى القانون الدولى الخاص منطق أنصار النظرية الشخصية واعتبروه يناهض صحيح القانون فإرادة المتعاقدين ليست طليقة ، وإنمــا هى مقيدة بنصوص القانون الأمر التى تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع[7] .

---

[1] د. هشام صادق — المرجع السابق — ص ١٣٧ .

[2]. د.هشام صادق — المرجع السابق — ص ١٣٩ .

[3] د.هشام صادق — المرجع السابق — ص ١٤٥ .

[4] أحمد عبد الكريم — نظرية العقد الدولى الطليق ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .

[5] د. هشام صادق المرجع السابق ص ٣٥٤ والدكتور أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ١١-.

[6] Cass-., 5 dec , 1910 , 5-. 1911-.1.129 , note lyon – Caen , Rev dr. int.pr.,1911.359 Clunet, 1912 11567juill-. 1954 Rev-. cr.dr-.int. pr.9-., 1955.129,note Jambu-Merlin m 21 nov. 1973-.

[7] Cass-civ., 21 Juin affaire Messagerie Maritime: GAZ3. Pal.1950 –2-141;
Rev. Crit.1950 P.609 note Batiffol : J.C.P.1950-2- 5813 note J.Ph.

وظهرت النظرية الموضوعية التى ترى أن دور الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد له ضوابط وحدود[1].

تقوم هذه النظرية على أساس المقابلة بين سلطان القانون وإرادة المتعاقدين ، داخل نظام قانونى لدولة معينة ، والمبدأ هو خضوع إرادة المتعاقدين لسلطان القانون وأن دور إرادة المتعاقدين فى عقد دولى لا يعدو أن يكون مجرد ضابط للإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق باعتبار أن ذلك هو الحل الذى قننه المشرِّع لحسم مشكلة تنازع القوانين فى العقود الدولية.

ويترتب على ذلك نتيجة هى خضوع العقد الدولى لسلطان القانون المختار الذى لا يملك المتعاقدون الإفلات من أحكامه الآمرة .

أما إذا سكت المتعاقدون صراحة عن اختيار القانون الواجب التطبيق ، فإن للقاضى أن يستظهر إرادتهم الضمنية ، واذا تعذر على القاضى الكشف عن هذه الإرادة الضمنية فلا يجوز له افتراض إرادتهم ، ولكن عليه البحث وإعمال التركيز الموضوعى للرابطة العقدية وإسنادها إلى مركز الثّقل فى هذه الرابطة ، إلا أنه قبل اجتهاد فى ذلك البحث يتعين عليه البحث أولاً إذا كان المشرع الوطنى قد أسند العقد عند سكوت الإرادة إلى ضابط آخر مثل قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ أو غير ذلك من قواعد الإسناد الجامدة فعليه إعمال هذه الضوابط التى أشار إليها المشرع.

ووفقًا للنظرية الموضوعية فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

LEVY; S.1951 –1-1- note NIBOYET; D,P.1951-1-74, note.J. HAMEL; clunet 1951 P.4 note P. LEREBOURS- PIGEONNIERE.

[1] راجع فى عرض هذه النظرية د- هشام صادق المرجع السابق ص ٣٤٦ وما بعدها.

الدولى يخضع لنظام قانونى واحد وهو القانون التى تشير إليه قاعدة الإسناد سواء كانت بمقتضى ضابط شخصى هو إرادة المتعاقدين أو ضوابط موضوعية من خلال تركيز الرابطه العقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق ، والعقد فى الحالتين لايفلت من سلطان القانون.

واستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على مبدأ خضوع العقد الدولى لسلطان الإرادة[١].

وقررت محكمة النقض الفرنسية: « أن كل عقد دولى يكون بالضرورة مستندًا إلى قانون دولة معينة وأكد القضاء الدولى نفس القاعدة: كل عقد دولى ، لا يكون عقدًا بين دول باعتبارها من أشخاص القانون الدولى ، يجد أساسه فى قانون وطنى »[٢].

كذلك حكم قضاء التحكيم فى عقود التجارة الدولية بأنه: « من المؤكد أن أى عقد لا يمكن أن يوجد فى فراغ In Vacue فهو بالضرورة أى عقد يجب أن يؤسس على قانون وضعى يعترف بالآثار القانونية للتعبيرات المتبادلة والمتوافقة لإرادة المتعاقدين »[٣].

ولعل أهم الاتفاقات الدولية التى أشارت إلى ذلك المبدأ ما قررته المادة ٣ من اتفاقية روما ١٩ يونيو عام ١٩٨٠ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق

---

[1] د. هشام صادق المرجع السابق – ص ١٢٣-.

[2] D.P 1930-11-45 not DECENCIERE- FEREANOIERE, Clunet 1929 P.977 : REV.crit.1929 P.427 note NIBOYET.-

[3] راجع التحكيم الصادر فى قضية ARAMCO بتاريخ ٢٣ أغسطس ١٩٥٨ والمنشور فى Rev-. crit-.,1963 P.272 spec , P.312

على الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولى حيث نصت : « يخضع العقد للقانون الذى اختاره الأطراف » .

كــذلك تنص م١/١ من مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التى أقرها المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT على : «أن يكون الأطراف أحرارًا فى إبرام العقد وفى تحديد مضمونه » .

المبحث الثانى
قاعدة الإسناد الأصلية فى عقد البيع الدولى
وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦: خضوع العقد لقانون الإرادة

سـارت اتفاقـية لاهاى عام ١٩٨٦ على نهج الاتفاقات السابقة لها بتكـريس مـبدأ سـلطان الإرادة وخضوع العقد للقانون الذى اختاره الأطـراف la competence de la loi d` autonomie إلا أن الملاحظ أن هذه الاتفاقات لم تستخدم تعبيرات موحدة ، مما يفتح الباب فى التفسير والترجيح بين نصوص هذه الاتفاقات-.

تـنص م ١/٧ مـن الاتفاقية على أن عقد البيع يخضع للقانون الذى اختاره الأطراف

" la vente est regie par la loi choisie par les parties "

وتنص الجمله الثانية من نفس المادة من الاتفاقية على أن اتفاق الأطراف علـى اختيار القانون الذى يحكم العقد يجب أن يكون صريحًا أو يستنتج بوضوح من عبارات العقد وسلوك الأطراف المتبادل بينهم-.

" l`accord des parties sur ce choix doit etre expres ou resulter clairement des termes du contrat et de compertement des parties envisages dans leur ensemble "

وتـنص م٢/٢ مـن اتفاقية لاهاى ١٥ يونيه ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الـواجب التطبـيق على عقود البيع الدولية للمنقولات المادية على صيغة مقـيدة للشروط المطلوبة لتحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بأن يكون

تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بموجب شرط صريح أو يستنتج بصورة مؤكدة لاشك فيها من نصوص العقد [1].

" cette designtion doit faire l`objet d`une clause express ou resulter indubitablement des dispostions du contrat "

وهناك صيغة أكثر اتساعًا ومرونة وردت فى اتفاقية لاهاى بتاريخ ١٤ مارس عام ١٩٧٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الوسيطة والتمثيل-.

La loi applicable aux contrats d`intermediaires et a la representation "

ووفقًا لنص م ٢/٥ من هذه الاتفاقية أن اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحًا أو يستنتج بيقين معقول من نصوص العقد وظروف القضيه-.

" le choix de cette loi doit etre êxprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstance de la cause "

أما بالنسبة لإتفاقية روما فى ١٩ يونيه ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية [2] فقد نصت فى م١/٣ على اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحًا أو يستنتج بطريقة مؤكدة من

---

[1] لوسران – المرجع السابق ص ٢٧٦

[2] Convention conclue entre les etats membre de la C.E.E sur la loi applicable aux obligations contractuelles , rev. crit 1980 p 875-.

نصوص العقد أو من ظروف القضية -.

" le choix doit etre expres ou resulter de facon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause "

ويلاحـــظ على صيغة اتفاقية روما أنها تأخذ موقعًا وسطا بين اتفاقيتى لاهـــاى المذكـــورتين فهى تعتبر أكثر مرونة من صيغة اتفاقية لاهاى عام ١٩٥٥ لكنها أكثر تحفظًا من صيغة اتفاقية لاهاى عام ١٩٧٨ -[1].

ويكشف طول فترة الإعداد لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ [2] عن تردد واضعى الاتفاقية واختلاف وجهتى الرأى بين النتائج التى انتهت اليها اللجنه الخاصة فى ديسمبر عام ١٩٨٢ comission speciale وبين مكتب اللجنه le Bureau du commession الذى اعد النص المؤقت والذى قرر :

" le choix de cette loi (loi de la vente) doit etre expres , a` defaut de choix expres , la volonte

[1] J. Foyer, Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Clunet, 1991. 601. H. Gaudemet-Tallon, Le nouveau droit international privé européen des contrats, Rev. trim. dr. europ. 1981. 215 et jurisclasseur Europe, Fasc. 3200, P. LAGARDE, Le nouveau droit international privé des contrats aprés l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. cr. Dr. int. pr., 1991. 287, RIGAUX, Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Cahiers de. Européen, 1988. 306.

[2] Document preliminaire no4 d`aout a` l`intention de la conference diplomatique d` octobre 1985-.

effective des parties doit resulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat ou des circo nstances de la cause "

"اختـــيار قانـــون البيع يجب أن يكون صريحًا ، وفى حالة غياب هذا الاختـــيار الصريح ، فإن الإرادة الحقيقية للأطراف يجب أن تستنتج بيقين معقول من نصوص العقد أو من ظروف القضيه".

وقـــد تبنى مشروع الاتفاقية الذى أعدته اللجنة الخاصة فى اجتماعها الذى عقد من ٧-١٨ نوفمبر١٩٨٣ هذا النص -.

وأخيرًا اعتمدت الاتفاقية هذه الصيغة ونصت عليها فى المادة ١/٧ من الاتفاقية فى الجلسة التى عقدت فى أكتوبر عام ١٩٨٥ :

" La vente est regie par la loi choisie par les parties-. l' accord sur ce choix doit etre expres ou resulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties envisages dans leur ensemble "

ويخضع عقد البيع للقانون الذى يختاره الأطراف ، والاتفاق على هذا القانـــون يجـــب أن يكـــون صريحًا أو يستنتج بوضوح من عبارات العقد وسلوك الأطراف المتبادل فيما بينهم-.

ويـــذهب رأى فى الفقـــه الفرنسي[1] أن تعبير اليقين المعقول une certitude raisonnoble والـــوارد فى اتفاقـــية لاهاى عام ١٩٧٨ ،

---

[1] Yvon LOUSSOUARN , Rev. crit, no 2 avril – juin 1986 tome 75 p 278-.

باعتـــباره معيارًا عن توافر الإرادة الضمنية لدى أطراف التعاقد فى اختيار القانون الواجب التطبيق بأنه تعبير غير معتاد فى اللغه القانونية الفرنسية " insolite" -.

كمـــا أن اســـتعمال الاتفاقـــيات لتعـــبير ظـــروف القضـــية " circonstances de la cause"بأنه معيار غامض "trop vague " ونرى أن هذه الملاحظة سليمة ومن ناحية ، أخرى نرى انه معيار تحكمى وشخصـــى يترك فى يد القاضى أو المحكم تقدير توافر الإرادة الضمنية أو عدم توافرها باعتبارها مسألة واقع-.

ويـــذهب الـــرأ ى السابق [1] إلى استحسان صياغة اتفاقية لاهاى عام ١٩٨٦ باســـتبعاد التعبيرات السابقة وأن يكون معيار التعرف على الإرادة الضـــمنية فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال عبارات العقد وسلوك الأطراف المتبادل بينهم باعتبار ذلك أكثر وضوحًا ودلالة على الكشف على الإرادة الضمنية للأطراف.

إلا أن خلاصـــة الرأى لدينا أن كل هذه الصياغات وبصرف النظر عن تفضيل صيغة على أخرى إلا أنها تمثل عودة للمنهج الشخصى التقليدى فى تحديد دور الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد-.

ويثير مبدأ حرية المتعاقدين فى التعبير عن إرادتهم باختيار قانون العقد العديد من المسائل ، فالتعبير الأصل فيه أن يكون صريحًا ويمكن أن يكون ضمنيًّا ، ولكن ما هو حكم التعبير السلبى عن الإرادة أو عدم اختيار قانون للعقد كلية أو تجزئة العقد ، بمعنى تعدد الاختيار عند إبرام العقد ، أو تغيير

[1] لوسران – المرجع السابق – ص ٢٧٨ .

هذا الاختيار بعد إبرام العقد أو الاختيار الجزئى لقانون معين لحكم أحد جوانب العقد فقط ؟

ثم وما هو أثر الاتفاق على الاختصاص القضائى ؟

وسنعرض لهذه المسائل من منظور : ماهو القانون الواجب التطبيق فى كـــل فرض من الفروض المذكورة فى إطار مبدأ خضوع عقد البيع الدولى لقانون الإرادة .

١- التعبير الصريح عن الإرادة : choix explicite

عندما يتفق الأطراف صراحة على قانون واجب التطبيق ، فإن إرادتهم فى هـــذه الحالة ملزمة ويتعين على القاضى احترام هذه الإرادة وفقا لحكم المـــادة ٧ فقرة ١ من اتفاقية لاهاي١٩٨٦ – ويتعين على القاضى احترام هذه الإرادة ، وليس للقاضى أية سلطة فى هذه المسأله ، وكل ماله فقط أن يتحقق من قرار الاختيار ، ومع ذلك فيوجد تحفظ هو أن اختيار الأطراف لا يلزم القاضى إلا إذا كان الاختيار ثابتا وأن يكون صريحا.

و يكون التعبير عن الإرادة صريحا فى اختيار القانون الواجب التطبيق علـــى عقـــد البـــيع الدولى للبضائع وذلك بأن يستنتج بطريقة مؤكدة من نصـــوص العقـــد أو ســـلوك الأطراف المتبادل فيما بينهم م٣ فقرة ١ من الاتفاقية .

ويجـــب أن يتوافر فى الاتفاق شروط موضوعية وشروط شكلية وتنص الاتفاقية على القانون الواجب التطبيق على شروط الاتفاق[1] .

---

[1] M.Giuliano, Rapp,no2,p.16-17,no3vj.civ,-. europé fassm3200 .

H.Gqudemet.Tallon le nouveau droit international privé de contrats: RTD eur 1981 p.243-.

٢ - الاختيار الضمنى choix implicite

فى حالــة غياب التعبير الصريح عن إرادة الأطراف فى اختيار القانون الــواجب التطبــيق على العقد الدولى يبحث القضاء ويستدل بتوافر هذه الإرادة من خلال بعض مظاهر التعبير عن الإرادة التى تكشف وتشير إلى الإرادة الضمنية للأطراف فى اختيار قانون دولة معينة ليحكم عقدهم وقد نصــت م ١/٧ علــى الاعتداد والاعتراف بالإرادة الضمنية " أن يستنتج اتفــاق الأطــراف بوضــوح من نصوص العقد وسلوك الأطراف المتبادل بينهم ".

والأمثلة على ذلك عديدة نسوق منها :

مثال ذلك أن يتضمن العقد الدولى إشارة إلى نص تشريعى لقانون دولة معينة وإن بدا ذلك اختيار مادى لهذه القاعدة باعتباره أحد شروط العقد إلا أنــه قــد يعكس أو يعبر عن إرادة الأطراف فى اختيار قانون هذه الدولة ليحكم عقدهم .

ويــرى الفقــه ضرورة الانتباه لآثار هذا التعديل [١] والتعبير عن اتفاق التغــيير قــد يكــون صريحا أو ضمنيًا ، والمهم أن تكون إرادة المتعاقدية واضحة لأنه سيترتب عليها إسقاط الإرادة السابقة [٢] .

وجديــر بالإشــارة أنه من الناحية العملية ، يصعب إثبات ادعاء أحد الأطــراف بأن قد تم الاتفاق ضمنيًا بين أطراف العقد لإلغاء اتفاق صريح سابق فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

ويجب أن يحترم الاتفاق اللاحق وجود شروط وصحه الاتفاق السابق-.

---

[١] Ph-. coursier , op cit-., no 116 s., p585.

[٢] cass , soc., tuin : ball civ v ,no , jcp E , p-.

ويجـــب أن يؤخذ فى الاعتبار أن الأطراف عندما اختاروا قانونا يحكم عقـــدهم كانوا يدركون مخاطر تعديل لاحق لهذا الاختيار وأثاره السلبية فى ظل قاعدة تقرر حقهم فى اختيار قانون آخر.

وأخـــيرا يمكن القول : إن اتفاقية لاهاى (م٣ فقرة ٢) استبعدت تمامًا فكرة ما يعرف بتثبيت العقد [١]

La clause dite de " stabilisation "

وذلك بنصها على حق الأطراف فى إجراء اتفاق جديد فى أى وقت-.

إلا أنـــنا نذكر بأن حق الأطراف فى تغيير الاتفاق بإبدال قانون واجب التطبـــيق على العقد محل القانون السابق لا يمس سريان قواعد البوليس على العقد loi de police وفقا لنص المادة ١٧من الاتفاقية باعتبارها قواعد آمرة لها أولوية فى التطبيق .

٣- الاختيار الجزئى :

ويـــوجد فـــرض أكثر دقة ويثير جدلاً وهو إذا اختار المتعاقدان قانونًا لـــيحكم جزئية معينة فى عقد البيع دون الإشارة إلى أى قانون آخر ، فهل يفســـر ذلك الاختيار بأنه اختيار لنفس القانون ليسرى على باقى بنود عقد البيع ؟

يـــذهب الفقه إلى استبعاد فكرة الإرادة الضمنية فى هذه الحالة لتبرير سريانه .

٤ – تغيير الاختيار

تـــنص المادة ٢/٧ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ " لما كان للأطراف حق

---

[1] Ph-. Coursier-.op-. cit-. no 122 p. 60

اختيار أو عدم اختيار قانون يحكم عقدهم ، فإنه يجوز لهم الاتفاق ، فى أى وقت أن يتفقوا على أن يخضع عقدهم كله أو جزءً منه لقانون آخر غير الذى يخضع له من قبل "

ومدلول النص أنه كما أن للأطراف ابتداء اختيار القانون الذى يحكم عقدهم ، فإن الاتفاقية تسمح لهم أيضا بتغير هذا الاتفاق أثناء سريان العقد[1]

٥- **التعبير السلبى عن الإرادة :**

قد يذكر الأطراف فى العقد استبعادهم تطبيق قانون دولة معينة أو قانون أكثر من دولة وهذا التعبير السلبى فى ذاته لا يثير مشكلة لكن ما يثير مشكلة هو : هل التعبير السلبى عن إرادة الأطراف فى الاختيار أو بتعبير آخر استبعادهم قانون دولة معينة أو أكثر يعنى اتفاقهم على اختيار قانون دولة معينة ليحكم العقد – وذلك فى فرض أنهم لم يختاروا فى العقد قانون دولة ؟

ونرى أن هذه المسألة تستدعى دراسة حالة بحالة حتى يمكن حسم مسألة : هل المتعاقدون اتفقوا أم لم يتفقوا على اختيار قانون دولة ليحكم عقدهم .

وقد حكمت محكمة استئناف انجير " la cour d`appel d`angers " أن القاضى يختص بتحديد القانون الواجب التطبيق على ضوء عناصر الدعوى [2] إلا إذا توافر فى العقد حالة توطين Localisatrice-.

---

[1]J. Foyer , l'avant projet de convention CEE sur la loi applicable aux abligations contractuelles et non contractuelles : Jdi 1976 , P 604 , no 113-.

H. Gaudemet , tallon ,op-. cit : Rtd eur 1981 , p-. 245 , no 8

[2]CA (cour d'appel) d' Angers-. 18 mai 1989 : Revcrit DIP 1990 ,p.501 note v.Heuze-.

ولهذا الحكم قيمة قانونية حيث وضَع معيارًا أو مبدأ فى فرض الاختيار السلبى للأطراف فى عقد باستبعاد قانون دولة معينة دون اتفاقهم على تحديد قانون آخر أو ما يعبر عنه la clause d`exclusio Juris وقد فسرت المحكمه أن تعبير الأطراف سلبيا باستبعاد قانون دولة معينة دون اتفاقهم على تحديـــد قانون دولة أخرى ، يقتضى بالضرورة أن يرتبط العقد بقانون دولة أخرى فلا يوجد عقد خالى الارتباط بقانون دولة [1]

وإن استبعاد الأطراف فى هذا الحالة la clause j`exclusio juris لا يعـــبر عـــن إرادة اختيار وإنه يتساوى مع فرض خُلوٍّ العقد من اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم.

٦- الاتفاق على القضاء المختص

هـــل إدراج شـــرط فى العقد يتضمن إسناد الاختصاص القضائى يعنى اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ؟

مـــن القواعد المستقرة فى فقه القانون الدولى الخاص أنه لا توجد علاقة ضـــرورة بين اتفاق الأطراف فى عقد على الاختصاص القضائى واتفاقهم علـــى القانون الواجب التطبيق وأن اتفاق الأطراف فى العقد على القاضى الذى يختص بنظر النـــزاع فى العقد يعتبر أيسر وأبسط من اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

كمـــا أن اتفـــاق الأطراف على اختيار القضاء الوطنى لدولة معينة أو التحكيم وفقًا لقانونها ليس فى ذاتة كاشف عن نيه الأطراف فى العقد على اختيار القانون الواجب التطبيق .

---

[1] Cass pier civ., 21 juin 1950 : d. 1951 ,p 749 , s. 1951 ,1, p.i-. note Niboyet , Rev-. crit DIP 1950 , P-. 609 note Battifol-.

ويـــرى بعض الفقه [1] أن الشرط المسند للاختصاص القضائى فى العقد يكشف عن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق .

ويذهب رأى الأستاذ Giuliano [2] أن فى بعض الحالات يكون اختيار الأطـــراف لاختصاص القضاء الوطنى لدولة معينة ، أو بتعبير آخر الخضوع الإرادى كاشف بوضوح أن الأطراف أرادوا بهذا الاختيار أن يطبق عليهم قانـــون ذلك القاضى عليهم إلا أن ذلك مشروط بتوافق اختيارهم للقاضى المختص مع باقى نصوص العقد أو بمجموع الظروف المحيطة بالدعوى [3]

ويجب الحرص أو الانتباه أن الشرط المسند للاختصاص القضائى فى عقد لا يعـــنى بالضرورة أنه يكشف عن إرادة ضمنية لأطراف العقد فى اختيار قانـــون القاضى ليحكم العقد وإنما الوصول لهذه الإرادة الضمنية تقتضى توافـــر شرط سلبى هو عدم تعارض الشرط المسند للاختصاص القضائى مع نصوص العقد أو الظروف المحيطة بالدعوى وشروط إيجابية تتعلق بنية تؤكد رغـــبة الأطـــراف فى خضوعهم لقانون القاضى الذى اختاروه للفصل فى

---

[1] Trib.civ.Seine,7 juin 1956 ,I.C.P. 1956.II.9460 ,note Motulsky, Com.9janv.1968,J.C.P.,1969.II.15739,note kahn, Rev.cr.dr.int.pr.,1969.489,note Jambu-Merlin,Civ.,2mars1970,Rev.cr.dr.int.pr.,1971.251,note Batiffol; Civ., 24 janv. 1978, J.C.P.1978.11.18821,concl.Gulphe,Rev.

cr.dr.int.pr., 1978.689 note Delaporte,Rev.trim.dr.com.1978.201,obs.Loussouarn et Bourel.

V.not.Trib.com. Bordeaux,16 mars1973,Droit marit. Francais, 1973. 739, Rev.cr,dr.int.pr.,1974.743.

[2] M. Giuliano, rapport no 2 : JOCE no 282/ 17 no 3-.

[3] انظر للمؤلف، الخضوع الاختيارى ضابط للاختصاص القضائى الدولى فى عقود العمل الدولية طبعة ٢٠٠٣ .

المنازعات الناشئة عن العقد .

ويضيف الأستاذ Giuliano[1] أن اختيار الأطراف للمكان الذى يتم فيه حسم التراع الناشئ عن العقد بطريقة التحكيم يمكن أن يكون له دلاله وتؤخذ فى الاعتبار فى تحديد القانون الواجب التطبيق ، وذلك طبعًا فى فرض عدم الاتفاق على هذا القانون صراحة .

كـــذلك اتفاق الأطراف على إسناد الاختصاص القضائى عند المنازعة لمحاكم دولة معينة [2] [3].

وأيضا اتفاق الأطراف على اختيار عملة وطنية معينة ، أو لغة التعاقد [4]، أو مكان الدفع[5].

إلا أنه يجب الإشارة إلى أن دور القاضى بالكشف عن الإرادة الضمنية مسألة واقع وتخضع لسلطته التقديرية ولا رقابة لمحكمة النقض عليها [6].

---

[1] M. Giuliano, rapport no 2 : JOCE no 282 /17 noz-.

[2] Trib.Civ.Seinem7 juin 1956,J.C.P., 1956.11.9460, note Motulsky, Com.9janv.1968 , ,J.C.P. 1969-.11.15739,note Kahn,Rev.cr.dr,int,pr.,1969.489, note Jambu-Merlin,Civ.,mars1970,Rev.cr.dr,int.pr1971.251,note Batiffol:Civ,24janv.1978,J.C.P.,1978.11.18821, concl, Gulphe,Rev cr.dr.int.pr.,1978.689,note Delaporte, Rev.trim.dr.com.

[3] V.not.Trib.com. Bordeaux,16 mars1973,Droit marit Francais,1973.739,Rev.cr,dr.int.pr.,1974.743..

[4] Cass.civ,24 janv,1978 ,prec.

[5] Civ.7juin 1977 m Rev.cr.dr.int.pr., 1978.119, note Batiffol,D.1978.I.R., obs.Audit,Clunet,1978.879, note kahn,Rev.trim.dr.com.,1978.200,obs.Loussouarn et Bourel.

[6] Cass.civ.,29 juin 1971,Bull.civ.,1,no218,p.183,Clunet,1972.51,note

وقـــد نصت المادة ١/٩٠ من التقنين المدنى المصرى على أن الأصل فى التعـــبير عـــن الإرادة أن يكون صريحًا :" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكـــتابة وبالإشـــارة المـــتداولة عرفًا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا فى دلالته على حقيقة المقصود " .

ونصت المادة ٢/٩٠ من التقنين المدنى على جواز أن يكون التعبير عن الإرادة ضـــمنيًا " ويجـــوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا " .

من ذلك يتضح أن المشرع المصرى قرر أن التعبير عن الإرادة وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادى المحسوس يكون فى الأصل صريحًا [1] ويجوز أن يكون ضمنيًا بشرط عدم وجود نص قانونى أو اتفاق الطرفان بأن يكون صريحًا .

kahnmRev.cr,dr,int.pr.1972.694.

[1] السنهورى – الوسيط – مصادر الالتزام – المجلد الأول – ص ١٧٥ .

المبحث الثالث

Dépeçage du Contrat, morcellement تجزئة العقد

مـــن الموضـــوعات التى كانت محل خلاف فى مرحلة الإعداد لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ تجزئة العقد [1]

فبعض الدول مثل فرنسا تمسكت بمبدأ وحدة العقد وضرورة خضوعه لقانـــون واحـــد ، لأن العقد ملزمًا لأطرافه ، أو بتعبير آخر أن الالتزامات المـــتقابلة فى العقـــد ملزمة لأطرافه وهذه الالتزامات متعددة وأن الوحدة الاقتصـــادية والقانونـــية للعقـــد تقتضى خضوعه لتشريع واحد وتتعارض مقتضيات هذه الوحدة لخضوع العقد لأكثر من قانون.

إلا أن هـــناك اتجاها آخر من الدول مثل ألمانيا كانت ترى أنه يتعين البحث عن قانون الالتزام فى العقد وأن ذلك هو القانون الواجب التطبيق علـــى العقـــد ، ووفقًا لذلك الرأى يمكن قبول خضوع العقد لأكثر من قانـــون مثال ذلك فالتزام البائع بالتسليم يخضع للقانون الواجب التطبيق علـــى ذلك الالتزام ، وكذلك التزام المشترى بدفع الثمن فى نفس العقد يخضع للقانون الواجب على ذلك الالتزام ولأن الالتزامين فى نفس العقد متكافئين فى الأهمية . فلا مبرر لتمييز أحد الالتزامين على الآخر بتبعيته له فى القانون الواجب التطبيق ووفقا لذلك التحليل يبرر تجزئة العقد بخضوع التزاماته لأكثر من قانون .

وسنعرض لهذا الموضوع فى أربع نقاط تالية :

١- يعتبر موضوع تجزئة العقد من الموضوعات التقليدية فى فقه القانون

---

[1] Ycon LOUSSOUARN المرجع السابق ص ٢٧٩

الدولى الخاص[1] ، ولا محل لإثارة هذا الموضوع أو بحثه إلا بعد التسليم بمبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة فهو نتيجة طبيعية لهذا المبدأ.

وموضوع التجزئة : هل حق المتعاقدين فى اختيار قانون يحكم عقدهم قاصـــر على اختيار قانون واحد ، أم أن هذا الحق يسمح لهم بتجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون ؟ .

ونجد فى فقه القانون الدولى الخاص رأيين : أحدهما يرى أن العقد رابطة مـــتعددة الجوانب فهناك تكوين العقد وآثاره وانقضاؤه وهذه الجوانب قد تتصـــل بأكثـــر من دولة . وإنه من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة حرية الأطـــراف فى إخضاع كل جانب للقانون الذى يختارونه ويطلق على ذلك تجزئة العقد -morcellement-.

ورأى ثان : يرى أن العقد عملية واحدة من الناحيتين النفسية والقانونية وعلـــى ذلك يتعين أن تخضع فى مجموعها لقانون واحد ويطلق على ذلك وحدة العقد .

٢- وبالنســـبة لموقـــف التشـــريعات الوطنـــية فى التجزئة فإن بعض التشـــريعات نصت صراحة على مبدأ صحة العقد وإخضاعه لقانون واحد مثل التشريع الأسبانى الذى نص على أن " القانون الذى يحكم الالتزام يحكم أيضـــا شـــروط تنفيذه ونتائج عدم التنفيذ ، وكذلك انقضائه ". وكذلك القانـــون الدولى الخاص المجرى والقانون الدولى الخاص الألمانى ، الذى نص على أن:" يسرى على العقد القانون الذى اختارته الأطراف . . وبمقتضى هـــذا الاختـــيار يستطيع الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل

[1] -.P LAGARD , " le depecage dans le droit international prive des contrats " Riv-. di dir , int priv-.e proc , 1975.649-.

العقد أو جزء فقط من عقدهم " .

ونـــرى أن التشريع المصرى فى عجز الفقرة الأولى من المادة التاسعة عشر نص ضمنًا على عدم جواز تجزئة العقد بالنسبة للالتزامات التعاقدية " هـــذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن هناك قانونًا آخرهو الذى يراد تطبيقه " . فاستعمال المشرع صيغة القصر " قانونًا آخر " تعنى عدم جواز تجزئة العقد من نطاق الالتزامات التعاقدية وذلك اتجاه غالبية الفقه المصرى [1] .

أما ما يذهب إليه البعض من أن تجزئة العقد تفرض ذاتها فذلك صحيح فى جانـــب العقـــد الـــذى لا يخضع لسلطان الإرادة مثل أهلية المتعاقدين وإجـــراءات التنفيذ والمسائل التى تخضع للقواعد ذات التطبيق الضرورى أو مايطلق عليها قوانين البوليس العقدى [2] .

يرى الفقه [3]استبعاد مسألتين: هما الأهلية للتعاقد وشكل العقد لأن لكل منهما قانونا يحكمها وفقًا لما تقضى به قواعد الإسناد المبنية على التكييف .

٣- والمـــبدأ وفقا لاتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ ، هو حرية المتعاقدين فى اختيار أكثر من قانون يحكم عقدهم ، وهو مايعنى التسليم بمبدأ جواز تجزئة العقد وأساس المبدأ قاعدة أن العقد يخضع للقانون المختار [4] وقد نصت م ٣ /١ مـــن اتفاقـــية روما على مبدأ التجزئة بالنص على أنه : " يخضع العقد للقانـــون الـــذى اختاره الأطراف وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحًا أو

---

[1] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص ٤٦٨ ، الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٦٦٧ .

[2] د. احمد عبد الكريم – علم قاعدة التنازع – الطبعه الأولى – ١٩٩٦ ص ١٠٩٢ .

[3] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص ٤٦٧ .

[4] EKLMANS , " le depecage du contrat dons la convention de Rome " Met-. Vander E1st , Bruxelle ,1986 ,p.243.

يستنتج بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف القضية ، وبموجب هذا الاختـــيار يستطيع الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كله أو على جزء فقط من عقدهم.

وفى تبرير الفقه لنص اتفاقية روما على مبدأ تجزئة العقد .

يرى الأستاذ M. pelichet أن قبول اتفاقية روما لمبدأ تجزئة العقد يرجع إلى طبيعة الاتفاقية فى أن موضوعها يمتد إلى كل الالتزامات التعاقدية وأنه توجد عقود رغم وحدة الرابطة التعاقدية من الناحية القانونية ألا أن فى الواقـــع أطـــرافها عديدون ومتفرقون ومستقلون من الناحية الاقتصادية مما يكون داخل العقد حزمة عقود صغيرة مما يبرر إمكانية خضوع هذه العقود لقوانين مختلفة .

٤- ويـــرى ذلك الرأى أن الموقف يختلف بالنسبة لاتفاقية لاهاى عام ١٩٨٥ والتى لا يتعلق موضوعها إلا بنوع واحد من العقود وهى عقود البيع الدولية للبضائع فلا مبرر فى مثل هذه العقود لتجزئتها بل يتعين إعمال مبدأ وحده العقد .

وتنص المادة ٧ فقرة ٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ :

ســـواء كـــان الأطراف عند التعاقد قد اختاروا أو لم يختاروا القانون الـــواجب التطبيق على عقدهم فإنهم يستطيعون الاتفاق فى أى وقت على خضوع العقد كليًا أو جزئيًا لقانون آخر خلاف ما سبق اتفاقهم عليه . إلا أنه لايجوز بموجب التعديل فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أن يتناول صحة شكل العقد ولاحقوق الغير .

" Que les parties aient ou non choisi une loi elles peuvent convenir a`tout moment de faire regir le

contrat en tout ou en partie , paune loi autre que celle qui le regissait auparavant-. Toute modification quant a` la determination de loi applicable intervenue posterieurement a la conclusion du contrat ne port pas atteinte a` la validite en la forme du contract, ni aux droits des tiers "

وهـــذا النص فى رأينا وإن كان يكرس مبدأ حرية الأطراف فى اختيار القانـــون الواجب التطبيق على العقد عند بداية التعاقد أو أثناء سريان العقد إلا أنـــه مـــن ناحية أخرى يقرر مبدأ قبول تجزئة العقد بقبول وتقرير حق الأطـــراف فى اختـــيار قانون يحكم العقد جزئيًّا لأن معنى ذلك هو أن لا اعتـــــراض وفقا لذلك النص من وجود قانون آخر أو أكثر ليحكم باقى العقد .

الفصل الثانى

القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع فى حالة سكوت الأطراف

لا خـــلاف علـــى أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى عند سـكوت أطرافه عن الاختيار الصريح لقانون العقد وتعذر على القاضى أن يكشـف علـى نحو مؤكد عن إرادهم الضمنية فى اختيار هذا القانون هو إسناد ذلك العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية .

ولكــن الخــلاف فى الفقه والقضاء والتشريعات الوطنية والمعاهدات الدولــية هــو تعيين الضابط الذى يحدد ذلك القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية .

وجرى الفقه على التمييز بين نوعين من الضوابط :

- إسناد جامد للرابطة العقدية .
- إسناد مرن للرابطة العقدية .

والإســناد الجامــد للرابطة العقدية ، وهو يشير مسبقًا للقانون الذى يفتــرض أنــه الأوثق صلة بالرابطة العقدية مثل قانون محل الإبرام ، قانون دولة التنفيذ ، وقانون الجنسية المشتركة ، وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو غير ذلك من القوانين المتصله بالرابطة العقدية .

ويتميــز هذا الإسناد أن يحقق الصورة المثلى للأمان القانونى من حيث العلم المسبق بالقانون الذى يحكم العقد عند سكوت أطرافه عن اختيار ذلك القانون وذلك له أثرًا ايجابيًّا على استقرار التجارة الدولية واختيار أحد هذه الضوابط يراعى فيه فرضًا أنه يعبر عن أقرب القوانين صلة بالعلاقة التعاقدية وأنه يمثل مركز الثقل فى هذه الرابطة .

أمـــا الإسناد المرن للرابطة العقدية يقوم على فكرة أن الافتراض الذى يقوم عليه الإسناد الجامد بأنه الأوثق صلة بالرابطة العقدية لا يعبر عن الواقع فى كثير من التطبيقات العملية وكثير من صور العقود الحديثة والمعقدة لذلك بدت الحاجة للبحث عن معيار يتعامل مع هذه الحالات ٠

لـــذلك فإننا سنعرض لضوابط الإسناد الجامد الذى أشارت إليه اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ثم لضوابط الإسناد المرنة وأخيرًا نقدم اتفاقية لاهاى ونبحث موقفها من هذه المعايير ٠

مبحث أول
قواعد الإسناد الجامدة

١- قانون محل إبرام العقد la lex loci contractus :

مازال ذلك المعيار التقليدى معمولا به فى عدد كبير من الدول فى مجال الالتزامات التعاقدية وخاصة فى عقد البيع سواء باعتباره قاعدة إسناد وحيدة unique فى حالـة عدم وجود إرادة صريحة أو باعتبار قاعدة إسناد بديل alternatif[١] مـثال ذلك نص المادة ٢٥ من القانون المدنى الايطالى التى تـنص علـى خضوع العقد لقانون محل إبرامه إذا لم يختار الأطراف قانونا واجب التطبيق ، وإذا لم يكونوا ينتمون إلى جنسية واحدة .

وأيضـا تنص المادة ١٨ من القانون الجزائرى بخصوص تنازع القوانين الصـادر فى ٢٥ سبتمبر ١٩٧٥ على أن الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون المحل حيث إبرم فيه العقد .

كمـا تنص المادة ١٢٦ من القانون الروسى على أن حقوق والتزامات المتعاقدين الناشئة عن تصرف قانونى مصدره التجارة الخارجية تخضع لقانون المحل حيث إبرم العقد .

وتوجد تطبيقات عديدة للقضاء الفرنسى أخذ فيها بهذا المعيار[٢].

ورغم تقنين كثير من التشريعات الوطنيه لقاعده محل الإبرام باعتبار أن

---

[1] م ١٠ فى القانون المدنى الأسبانى .

م ٤٢ فى القانون المدنى البرتغالى .

م ٢٥ فى القانون المدنى الإيطالى .

م ١٢٦ القانون المدنى الروسى .

[2] Cass. Civ.,28 dec.1936,D.H.1937,Rev.dr,int.pr., 1937.682,clunet,1937.781.

واقعـــة إنشاء العقد واقعة وحيدة تتولد عنها باقى الالتزامات وقانون محل الإبرام هو أقرب القوانين صلة بالعقد[1] إلا أن هذه القاعدة تعرضت لنقد من ناحيتين أساسيتين ، أن محل إبرام العقد يكون فى كثير من الحالات عارضًا فيمكن أن يتم إبرام عقد بيع دولى بين متعاقدين بمناسبة زيارهما لمعرض فى دولـــة لا ينتميان إليها ولا علاقة لها بعقد البيع أو بمناسبة تقابلها فى دولة يمضيان فيها عطلة بل يتصور أن يتم إبرام عقد بيع على متن سفينة فى أعالى البحار أو فى طائرة فى مجال جوى لا يخضع لسلطان دولة.

هـــذه الفروض يحدث فيها فعلاً إبرام عقود بيع دولية ومحل الإبرام هو ظـــرف عارض فى التعاقد-. والانتقاد الثانى لقاعدة محل الإبرام هو النتيجة المنطقية على إبرام عقد يمثل محل الإبرام ظرف عرضى هو أنه لا يتصور أن تكون هناك أية علاقة بين مكان محل الإبرام والعقد وعلى ذلك وفقا لمنطق نظـــرية التركيز الموضوعى لن يمثل محل إبرام عقد البيع الدولى فى كثير من الفروض مركز ثقل فى العلاقة التعاقدية .

كذلك العقود بين غائبين contrats entre absents ، **والعقود بالمراسلة** Contrats par correspondance

ويثور السؤال فى هذين الفرضين وما شاههما كيف يمكن تحديد محل الإبرام ؟

اختلفت الآراء فى ذلك فذهب رأى أن العبرة بمكان قانون القبول وهو من وجه إليه الإيجاب destinataire وهو ما أطلق عليه مذهب القبول .- systeme d`exepédition

---

[1] Batiffol et lagarde, Droit international prive,115 tome II,paris 1971,no 580.

وهو قبول بلد الاستلام والتصدير وذلك موقف التشريع الإيطالى وما أخـــذت بـــه المحـــاكـــم المختلطة فى مصـــر وكثير من أحكام القضاء الفرنسى .

وذهـــب رأى آخر أن العبرة بمكان قانون بلد الموجب pollicitant وهـــو مـــا أطلـــق علـــيه مذهب العلم والاختيار systeme de la reception-.

وذهب رأى ثالث بتطبيق قانون القاضي[1].

وما يعنينا هنا هو أن الفقه والقضاء والتشريعات الوطنية لم تتفق على معيار واحد يفترض فيه محل إبرام العقد بين غائبين ؛ لأنه فى الحقيقة لا محل فـــيه مـــن الناحية المادية ، وفى تقرير أعده معهد روما لتوحيد القانون الخـــاص UNIDROIT لمؤتمر لاهاى عند النظر فى اتفاقيات لاهاى بشأن البيع الدولى للبضائع إشارة إلى صعوبة التفضيل بين المذاهب المختلفه فى هذا الشأن إلا أنه رجح مذهب تصدير القبول[2][3] أما التشريع المصرى فقد نصـــت المـــادة ٩٧ مـــدنى بنصوص واضحه أخذت فيها بمذهب العلم بالقبول.

وفى فرنسا[4] أحكام القضاء متضاربة فى هذا الشأن بين نظرية الإصدار la théorie de demission وبـــين نظرية الاستقبال la théorie de reception .

---

[1] د . حامد زكى المرجع السابق ص ٣٢٧ ، د. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ٢٢٢-.

[2] لوسران – المرجع السابق .

[3] د . محسن شفيق – المرجع السابق ص ١١٥ .

[4] لوسران – المرجع السابق .

ومـــثل هذا التردد ينعكس ويولد شكًّا حول صلاحيه قاعدة محل إبرام العقد-.

٢ – قانون محل تنفيذ العقد lex loci executionis :

يعتـــبر الفقـــيه ســـافينى[1] أول من اقترح إسناد العقد إلى قانون مكان تنفـــيذه-. وهذه نتيجه لمنهجه الذى يعتد بصفه أساسية بتحليل العلاقات القانونـــية وتركيـــزها فى مكان معين ، وهو المكان الذى تترتب فيه آثار العلاقـــة القانونية أو غالبية هذه الآثار. وأن المنطق يقضى بأن من يدخل فى علاقـــة تعاقدية ، يقبل الخضوع لقانون مركزها وقد لاحظ أن الالتزامات المـــتقابلة بـــين المتعاقدين هدفها تنفيذ العقد لذلك فإن التنفيذ هو الواقعة الجوهرية فى حياه العقد [2].

وفى التأيـــيد لهذا المعيار يرى جانب من الفقه [3] بأنه مكان تنفيذ العقد هـــو الذى يتحقق فيه مركز الثقل فى العلاقة ، وأن العقد فيه يصبح حقيقة ملمـوســـة ، ويفتـــرض أنه القانـــون الخاص بالعقـــد الملائم لحكـــم العـــلاقـــة The proper law of the contract .

وإذا كان المرغوب فيه إسناد العقد لقانون موحد ، فقانون محل التنفيذ هـــو الوحيد الذى يتحقق به هذا الهدف حيث إنه من حيث الواقع لايمكن تفـــادى تطبـــيقه ولو جزئيا فى الدولة التى يجرى فيها التنفيذ نزولاً لاعتبار

---

[1] د-. هشام صادق – المرجع السابق ص ٥٥٧ .

[2] PILLET : Droit international prive-.T.(1) , p.170-.

[3] GRAVESON : ststus of trade union Journal of the society of public teachers of law. 1963,p121-.

النظام العام ولقواعد البوليس الآمرة [١] .

وقد أخذ القضاء الألمانى والسويسرى قبل صدور تشريع ١٩٨٧ بقانون محـــل التنفيذ كمعيار احتياطى لإسناد الروابط العقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمنى لقانون العقد [٢]

أما فى فرنسا فإن المحاكم ظلت لمدة طويلة لا تأخذ بقاعدة محل الإبرام إلا إذا اقترنت بمحل التنفيذ [٣] فضلاً عن الاخذ بذلك المعيار بصفة كافية [٤]

وفى مجال المفاضلة بين معيار محل الإبرام ومحل التنفيذ كضابط للإسناد والمسبق للرابطه التعاقدية يذهب الفقه الغالب إلى ترجيح معيار محل التنفيذ باعتباره الأكثر تعبيرًا عن مركز الثقل فى هذه العلاقة إلا أنه مع ذلك نشير إلى ما سبق أن ذكرناه أن معايير الإسناد الجامدة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد قد تجاوزها التطور فى كثير من صور إبرام العقود الدولية ممـــا دفـــع الفقه والقضاء للبحث عن معايير مرنة وذلك ما سنعرض له فى المبحث التالى.[٥]

---

[1] BATIFFOL : les conflits de lois .... Op.cit, p 262-.ets-.

[2] د-. هشام صادق - المرجع السابق رقم ٣٩٢ ص ٥٨٣-.

[3] لوسران - المرجع السابق ص ٢٨٨ .

[4] Cass. Civ., 5 dec. 1910, 24 avr 1952-.1. 185 Rev. cr. Dr. int., 1952.502 note Motulsky.

[5] د-. هشام صادق - المرجع السابق - ص ٥٦٢-.

المبحث الثاني
النظريات الفقهية فى الإسناد المرن للرابطة العقدية

أولاً: نظرية التركيز الموضوعى للرابطة العقدية :

يرى باتيفول وأنصار نظرية التركيز الموضوعى للرابطة العقدية أن دور الإرادة لا يصل إلى حد اختيار قانون العقد ، ولكن دور الإرادة يقتصر إلى حد تركيز العقد فى مكان معين ، فإذا تم تركيزها على هذا النحو فإن على القاضــى أن يطبق على العقد قانون المكان الذى اختاره المتعاقدون مركزًا للرابطة العقدية [1] .

ومعـــيار الإسناد وفقًا لفكرة التركيز المكانى هو مجرد معيار عام مؤداه إســناد العلاقة العقدية لقانون مركزها وهو معيار لا يتم تحديده على نحو نهائى إلا بمعرفة القاضى وفى ضوء الظروف وملابسات التعاقد فى كل حالة على حدة .

ويتم إسناد الرابطة العقدية إلى القانون الأوثق صلة بها .

ويـــرتب الأســـتاذ باتيفول وفقًا لمنطق نظريته نتيجة خطيرة هى قدرة القاضـــى علـــى إهدار الاختيار الصريح لقانون العقد إذا تبين له أنه يخالف التركيز الحقيقى للرابطة العقدية ذلك أن مركز الثقل فى الرابطة العقدية هو مركـــز واحـــد حسب الأصل ، إلا أنه يستدرك ويقرر قدرة الإرادة على اختيار أى قانون آخر مادام أن له صلة معقولة بالعقد .

وقد تأثر القضاء الفرنسى بهذه النظرية وطبقها ولكن فى حالة سكوت

---

[1] د. هشام صادق –المرجع السابق – ص ٥٢٤ ، ٢٥٦ ، ٥٣١ .

الإرادة عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية[1] .

وجديـــر بالإشـــارة إلى أن الأستاذ باتيفول أحد أهم أصحاب نظرية التركيـــز الموضوعى للرابطة العقدية قد غالى فى تحديد مجال النظرية فهى فى رأيه معيار يشير إلى القانون الواجب التطبيق استنادًا إلى مبدأ الصلة الأقوى بالرابطة العقدية ٠

ويرى الفقه[2] أن الأستاذ الفرنسى حاول أن يربط بين مبدأين متنافسين فى مجـــال إسناد العقود الدولية ، وهما مبدأ الاختيار الإرادى لقانون العقد ومبدأ الصلة الأقوى بالرابطة العقدية ٠

ونـــرى ، أن الأستاذ الفرنسى بمنطقه لا يعترف بمبدأ الاختيار الإرادى لقانـــون العقـــد معيارًا مستقلاً وكافيًا فى إسناد العقود الدولية ولكنه يراه مؤشرًا على إسناد العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ويستبدل بمبدأ الاختيار الإرادى لقانون العقد مبدأ الصلة الأقوى بالرابطة العقدية ونرى فى محاولـــته رأيًـــا منفـــردًا فى الفقه ويخالف المبدأ المستقر والاتجاه الجارف فى نصوص التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية ٠

تقدير النظرية :

ذهـــب الفقه إلى أنها لا تقوم على أساس تركيز موضوعى بحت للرابطة العقديـــة ، وإنما تحتفظ لإرادة المتعاقدين بدور هام فى هذا التركيز فهى تميل إلى التركيز الشخصى أكثر منها إلى التركيز الموضوعى ٠

---

[1] نقض فرنسى ١٩٦٠/١٢/١٩- J.C.P ١٩٦١ ص ٢٠٢٩ ، مشار إليه فى مقال الدكتور منير عبد المجيد حول مفهوم القانـــون المحدد بمعرفه الأطراف فى العقود الخاصة الدولية ، مجلة المحاماة العددان السابع والثامن سبتمبر – أكتوبر ١٩٩١ ص ٥٢ .

[2] د.هشام صادق – المرجع السابق – ص ٥١٦ ومابعدها ٠

ذلــك أن معيار ظروف التعاقد وملابساته هو فى ذاته معيار شخصى ويتــرك مساحة كبيرة للقاضى فى تقديره عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق ، وهى مسألة موضوعية أو بتعبير آخر مسألة واقع لا تخضــع لرقابة محكمة النقض ، وتخل بتوقعات الأفراد والأساس القانونى لشخصية المعيار .

إلا أنــه يمكــن القــول أن المبدأ السائد فى فقه القانون الدولى الخاص المعاصــر هــو إسناد عقود المعاملات الدولية لقانون الإرادة . ولكن عند غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق تعتبر نظــرية التركيــز الموضوعى للرابطة من أهم الحلول الفقهية والتى أخذ بها القضــاء فى المعــاملات الدولية عن اختيار القانون الواجب التطبيق بإسناد العقد الدولى للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية .

ثانيًا : نظرية الأداء المميز

يـــرى الفقـــه[1] أن الفضل فى نشأة نظرية الأداء المميز تعود إلى القضاء السويســـرى فى الأربعينيات من القرن الماضى ، وكان القاضى السويسرى Stauffer أول مـــن اقتـــرح فكـــرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الرئيسى أو المميز ، وتوالت أحكام القضاء بعد ذلك حتى أصدرت المحكمة الفيدرالية السويسرية حكمها الصادر فى ١١ مايو ١٩٦٦ بأنه وفقًا لقواعد القانـــون الـــدولى ، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذى يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذى يعد أداؤه مميزًا فى العقد محل النـــزاع [2] .

وفى عـــام ١٩٦٥ قـــررت المحكمة الفيدرالية السويسرية بأن المقصود بـــالأداء المميز فى عقد بيع المنقولات هو التزام البائع بتسليم المبيع وقد قنن المشـــرع السويســـرى نظرية الأداء المميز فنصت م١٧ من القانون الدولى الخاص سويسرى

١) يســـرى على العقد ، عند غياب اختيار القانون ، قانون الدولة التى بها أكثر الروابط وثوقًا .

٢) تعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التى بها الإقامة العادية للطرف الذى يجب أن يقدم الأداء المميز .

---

[1] د. أحمد عبد الكريم علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ص ١١٠٤.

[2] راجع هشام صادق – المرجع السابق ص ٥٨٦ .

وكـــذلك نصت المادة ١/٢٨ من القانون الدولى الخاص الألمانى عام ١٩٨٦ : على إسناد العقد الدولى ، عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية .

وتنص م ٢/٢٨ من القانون الألماني" يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التى يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذى يـــتعين أن يقوم بالأداء المميز (المدين بهذا الأداء) أو مركز إدارته الرئيسى فـــيما لـــو كان شخصًا اعتباريًّا ، ومع ذلك فاذا كان العقد متعلقًا بنشاط مهـــنى لهـــذا الطرف فيعتبر القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية هو قانون الدولـــة التى توجد بها منشأته الرئيسية مالم يكن الأداء المميز يتعلق بمنشأة فرعية حيث ينطبق قانون الدولة التى توجد بها هذه الأخيرة " .

وتـــنص م ٢/٤ من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ فى شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية :

" فى حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق يسند العقد إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صـــلة بقانون الدولة التى يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لوكان شخصًا اعتباريًّا "-.

ولم يـــرد فى اتفاقية روما المقصود بالأداء المميز وإن كان الفقه يرى أن هذا الأداء هو الذى من أجله دفع الثمن فى عقود المبادلات ، وهو فى عقد البـــيع الـــدولى للبضـــائع التزام البائع بتسليم الشىء المبيع بوصفه الهدف الأساسى من العقد وذلك ما يبرر إسناد هذه العقود لقانون محل إقامة البائع أو قانـــون مركز إدارته فيما لوكان شخصًا معنويًّا ولا يرى الفقه فى التزام المشترى بأداء الثمن وهو ركن فى عقد البيع أداء مميزًا ؛ لأن دفع الثمن أداء

متشابهًا فى كثير من عقود المبادلات فلا يعتبر مميزًا فى عقد البيع [1] .

والمــادة ٨ مــن اتفاقية لاهاى لسنة ١٩٨٦ فى شأن القانون الواجب التطبــيق على البيوع الدولية للبضائع اعتدت أساسًا فى إسناد العقد بقانون الدولة التى توجد بها مؤسسة البائع بوصفه قانون محل الأداء المميز . إلا أنها أجــازت إســناد العقــد مع ذلك إلى قانون الدولة التى توجد بها مؤسسة المشــترى فــيما لو كانت هذه الدولة هى التى أبرم فيها العقد أو اتفق على تسليم البضائع فيها[2] .

التحفظ الاستثنائى : Clause d`exception

تقــوم نظرية الأداء المميز على فرضٍ هو أن محل الأداء المميز فى الرابطة العقدية يعبر عن أوثق صلة بالعقد ، إلا أن هذا الفرض يقبل إثبات العكس وذلــك هــو المــبرر للنص على استثناءات ترد على معيار الأداء المميز فى الحــالات التى لا يعبر محل الأداء المميز عن أوثق صلة بالعقد وفقًا لظروف التعاقد وملابساته .

وهذه الاستثناءات لا تنتقص من قيمة نظرية الأداء المميز باعتبارها فكرة قانونــية لا يمكــن أن تكون جامعة مانعة وهذه الاستثناءات قد وردت فى اتفاقــية روما لسنة ١٩٨٠[3] وفى بعض التشريعات[4] مما يتعين على القاضى تطبــيقها ، وإذا توافرت حالة تمثل استثناء على نظرية الأداء المميز دون أن يكــون لهمــا سند من نص تشريعى أو دولى فإن على القاضى إعمال هذا

---

[1] راجع -.Lagarde , rev. crit.1991. 2 eme partie p. 307et 308

[2] د. هشام صادق – المرجع السابق – ص ٥٩٤ .

[3] م ٥/٤ من اتفاقية روما ١٩٨٠

[4] م١/١٥ قانون دولى خاص سويسرى عام ١٩٨٧ ، م٥/٢٨ من التشريع الألمانى سنة ١٩٨٦و م ٥/٢٨ من التشريع الألمانى سنة ١٩٨٦

الاستثناء بإسناد العقد للقانون الأكثر تعبيرًا عن هذه الصلة حتى لو كان هذا القانـــون ليس قانون محل الأداء المميز فى الرابطة العقدية " محل إقامة المدين بـــالأداء المميز " إلا أن عمل القاضى فى هذه الحالة هو تطبيق معيار قانونى يخضع لرقابة محكمة النقض [١] .

---

[1] هشام صادق – المرجع السابق – ص ٦١٢ .

تقدير النظرية :

تقوم فكرة الأداء المتميز فى العقد على أساس أنه كل طائفة من العقود تتميز عن غيرها بأداء أو التزام أساسى فى كل عقد ينتمى لهذه الطائفة وأن معـــيار الأفضلية فى تحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد يجب أن يكـــون حسب الوزن والأهمية الواقعية " للأداء " أو الالتزام الأساسى فى العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه لذلك فإنه من المنطقى أن يختلف القانون الذى يحكم كل طائفة من العقود [١] .

ويضرب الفقه أمثلة لتطبيق فكرة الأداء المتميز فى بعض طوائف العقود الدولية مثل عقد الوكالة والتمثيل التجارى [٢] وعقود المستهلك [٣] ، وعقود الترخيص ونقل التكنولوجيا [٤] وعقود الإذعان [٥] .

ويـــرى الفقـــه نظرية الأداء المتميز تعبيرًا عن الاتجاه الحديث فى مجال المعـــاملات المالية[٦]-. فهى لم تسند هذه العقود إسنادًا عامًّا لقانون محدد – كمـــا هو شأن المادة ١٩ من القانون المدنى المصري . وإنما لجأت إلى منهج الإسناد التفصيلى لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة إلى أكثر القوانين ارتباطًا بهذه الفئة .

وهـــى فى سبيل ذلك وضعت معيارًا واضحًا للإسناد القائم على فكرة الصلة الأقرب إلى الرابطة العقدية وهو معيار محل إقامة المدين بالأداء المميز

---

1 راجع د. أحمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع – المرجع السابق ص ١١٠٤ -.

2 د-. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ١١٠٧

3 د. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ١١١٠

4 د. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ١١١٣

5 د. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ١١١٧

6 د-. هشام صادق المرجع ص ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، ١٠٥ .

فى العقد.

وذلــك المعيار يقوم على قاعدة من قواعد التنازع المزدوجة مثل غيرها مــن قــواعد الإسناد التقليدية ذات الجذور السافينية والتى تقوم على فكرة التركيز فى جوهره المكانى الذى يستقبل الأحداث المادية والخارجية للرابطة العقدية لأن العقد تقابل للإرادات ولايشغل حيزًا مكانيًّا محددًا .

نظــرية الأداء المتميــز هى الحل الفقهى والتطبيق القضائى والذى قننته بعض التشريعات الحديثة فى حالة عدم استطاعة القاضى الكشف عن إرادة المــتعاقدين المؤكدة فى اختيار قانون معين لحكم عقدهم فإنه يتولى القاضى التركيــز الموضوعى للرابطة العقدية وفقًا لنظرية الأداء المميز وذلك بإسناد العقد إلى قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز.

وتقوم نظرية الأداء المميز على فكرة التحليل الموضوعى البحت للطبيعة الذاتية للعقد وصولاً إلى تحديد الالتزام الرئيسى فيه ، حتى يمكن للقاضى فى ضــوء ذلك إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين بهذا الالتزام عند الــتعاقد أو مركز إدارته فيما لو كان شخصًا اعتباريًّا بوصفه المحل المفترض لتنفيذ هذا الالتزام.

وتطبيقًا لذلك فإن المتعاقدين فى عقد بيع دولى للمنقولات يعلمون عند إبــرامهم ذلك العقد ماهو القانون الواجب التطبيق الذى سيحكم علاقاتهم الــتعاقدية عند سكوتهم عن اختيار قانون العقد وذلك القانون وفقًا لمنهج النظرية هو " محل الإقامة المعتاد للبائع أو مركز منشأته التجارية أما إذا كان التاجر شخصًا اعتباريًّا فهو مركز إدارته.

وذلــك الحــل الذى تقدمه النظرية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانــون الواجب التطبيق فى عقدهم الدولى يضمن عدم الإخلال بتوقعات

الأطراف فى تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقدهم ويترتب على ذلك استقرار المعاملات الدولية.

وهناك اتجاه فى الفقه المصرى يقترح تعديلاً تشريعيًا بالنص على نظرية الأداء المميز [١] .

ثالثًا : نظرية القانون المناسب The proper law

تتميز هذه النظرية بأنها تمنح القاضى سلطة تقدير واسعة فى تحديد قانون العقـــد[٢]، ويمكن القول بأن الفقه الفرنسى [٣]عازف عن قبول نظرية La proper law التى قال به Cavers و Currie .

ويـــذهب الدكـــتور عنايت إلى أن الإسلام سبق إلى الأخذ بفكرة القانون الأصلح أو القانون المناسب [٤] .

ويرى رأى فى الفقه الفرنسى أن تطبيق القضاء الفرنسى لها مشكوكا فيه [٥]

إلا أن بعض الفقه الفرنسى يرى أن لهذه النظرية مجالاً فى نطاق القانون الـــدولى الخـــاص بالنسبة للعقود ، ونظام الزواج ، والمسئولية المدنية ، وما

---

[1] د. أحمد عبد الكريم قانون العقد الدولى – المرجع السابق ص ١٩٩- .

[2] راجع فى دراسة هذه النظرية : KAHN-FREUNO: La notion anglaise de la " Proper law of the contrat devant les juges et devant les arbitres, Rev- crit.1973 p. 607 - DICÈY & MORRIS Tome 2 p. 747 ets.

[3] Yvon loussouarn et tome 2 p.747 ets pierre Bourel

[4] د. عنايت عبد الحميد ثابت ، أساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ رقم ١٣١ ص١٥٨ . .

[5] راجع فى ذلك الموضوع :

1. Rev. cr-. dr. int.pr-.,1953.412, note Batiffol, Clunet, 1953.860 , note Plaisant J.C.P., 1953. II.7863, note Buchet; cf. egalement sur la question, l`article de francescakis a la Rev-.cr. dr.int. pr.1954-.325.

يعنينا فى بحثنا هو مجال العقود الدولية .

وتقوم فكرة the proper law عند الفقيه الأمريكى Cavers أن القاضى يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع بعد تحليل وتقدير النتائج والحلـــول الـــتى تقدمها القواعد المادية التى تتنازع لحكم المسائل المعروضة وذلك للوصول للقانون الأفضل وذلك يقتضى :

أولا الكشـــف عن مضمون كل من القوانين التى تتزاحم لحكم الرابطة العقديـــة ، ثم أضاف Cavers فى دراسة لاحقة له بما أسماه مبادئ المفاضلة التى يمكن للقاضى أن يسترشد بها فى تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال تجزئة العلاقة التعاقدية ووضع قواعد إسناد مناسبة لكل جزء من العلاقة .

أما فكرة Currie للوصول إلى القانون المناسب the proper law هـــو أنـــه يتعين على القاضى تحليل القواعد القانونية المتزاحمة لحكم العلاقة المطـــروحة محل النزاع للكشف عن هدف كل قاعدة والمصلحة التى يتغياها كـــل مشرع من تطبيق قاعدته الوطنية وفى ضوء مصالح الدول التى تتنازع قوانينها لحكم العلاقة يمكن للقاضى تحديد نطاق تطبيق هذه القوانين [1] .

ونخلـــص من ذلك أن هدف الفقيه Cavers فى تطبيق نظرية القانون المناسب من خلال الكشف عن مضمون القوانين المتصلة بالرابطة العقدية هو اختـــيار أكثرها تحقيقًا للعدالة المادية ، أما بالنسبة للفقيه Currie فإن هدفه هو اختيار أكثرها تحقيقا لمصالح الدولة الأولى بالاعتبار ويخلص الفقيه الفرنسى [2] إلى أن منهج نظرية La proper law فى فقه القانون الدولى الخاص له

---

[1]. P. LAGARD., " Destinees de l'arret Riviere" Clunet, 1971.241-.

[2] Rev.cr.dr.int.pr., 1955.321,not battiffol,D.1955.540,note Chavirer,j.c.p. 1955-.II.8771 note ponsard.

دور هام إلا أن ذلك الفقيه يتحفظ بالنسبة لمدى هذا الدور بتحفظين هما :

١- إن إقرارها فى النظم القانونية المقارنة لا يتسم بالعموم أى أنها لا توصف بالعالمية "Son adoption n`est pas universelle".

٢- أنها معيار احتياطىٌ حتى فى البلاد التى قبلت تطبيقها أو المعاهدات التى أشارت إليها كان ذلك دائمًا باعتبارها معيارًا احتياطيًّا فى حالة عدم وجود تعيين صريح من الأطراف باختيار قانون واجب التطبيق على العقد.

وقد تأثر النظام القانونى الأمريكى بنظرية The proper law حيث كان المبدأ الذى تبنته المدونة الأولى للقانون الدولى الخاص الأمريكى عام ١٩٣٤ قواعد إسنادها جامدة تقوم على فكرة الإقليمية وأن الأصل هو تطبيق قانون القاضى أى تطبق القوانين الأجنبية لايكون إلا على سبيل الاستثناء [1]

ثم عدل المشرع الأمريكى عن موقفه السابق بإصدار المدونة الثانية للقانون الدولى الخاص الأمريكى عام ١٩٦٩ [2] والذى تضمنت بعض قواعد الإسناد الخاصة ذات الطابع المرن ، والتى تراعى ظروف كل حالة على حدة، وذلك بتجزئة الموضوع الواحد أو الرابطة التعاقدية إلى عدة مسائل تستقل كل منها بإسناد مختلف .

وتتميز قواعد الإسناد التى تضمنتها المدونة الثانية بأنها ذات طابع إرشادى للقاضى بحث ، لاتلزمه بتطبيق القانون الذى نشير باختصاصه [3]، وواضح من ذلك المنهج تأثره الواضح بنظرية the proper law .

---

[1] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٣٧ .

[2] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٥٩ .

[3] Reese Willis , Discussion of major areas of choice of law, Receil des Cours la Haye, 1964, tome l,p.321 et s-.

مبحث ثالث

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع فى حالة عدم وجود اتفاق الأطراف وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

Détermination de la loi applicable en dehors de la volonté des parties

مـــا هـــو القانون الذى يطبقه القاضى أو المحكم على عقد البيع الدولى للبضائع فى حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار قانون يحكم عقدهم ؟

يرى الفقه [١] أن الإجابة على هذا السؤال أهم موضوع اختلف حوله الوفـــود المتفاوضون فى مؤتمر لاهاى ، ويرجع ذلك إلى أن اختلاف المعيار سيترتب عليه بالضرورة اختلاف القانون الواجب التطبيق.

إلا أنـــه يمكن القول أن موقف الدول فى هذه المسألة انقسم إلى رأيين رئيسيين : رأى تبنى معيارًا جامدًا هو التمسك بقاعدة إسناد وحيدة ، ذات طبيعة أمره والرأى الثانى تبنى معيارًا مرنًا يقوم على عدم وضع قاعدة إسناد محددة سلفا لتشير إلى القانون الواجب التطبيق من عقود البضائع الدولية عند غياب اتفاق الأطراف فى تحديد هذا القانون.

ولكن يترك تقديرها حالة بحالة وفقا لمصلحة الأطراف المرتبطة بأى من

---

[١] لوسران – المرجع السابق – ص ٢٨٢ .

القوانين المتنازعة حول حكم عقد البيع الدولى للبضائع.

ويمكن رد هذا الخلاف وتأصيله إلى أن كلا منها يمثل أو يعبر عن المنهج الشخصى Methode subjective أو المنهج الموضوعى methode objective-.

وبدون الدخول فى الجدل الفقهى حول نظرية المنهج الشخصى أو المنهج الموضوعي[1] .

تناولت المادة ٨ من اتفاقية لاهاى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع فى حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد.

والقراءة المتأنية لأحكام هذه المادة يتبين أنها وضعت قاعدة إسناد عامة وهى قانون محل البائع (م١/٨) ثم أردفت ذلك بقاعدتين إسناد على سبيل الاستثناء هما قانون محل المشترى (م٢/٨) ثم قانون البلد الذى له روابط أكثر وثوقًا بصورة واضحة من القانون الواجب التطبيق وفقا لنص الفقرة ١، ٢ من نفس المادة .

وسنعرض لهذه الأحكام ونعلق عليها على ضوء القواعد العامة.

أولاً : قاعدة قانون محل عمل البائع وقت إبرام العقد :

نصت المادة ١/٨ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أنه :

" فى الحدود التى لم يختار فيها الأطراف المتعاقدين القانون الواجب التطبيق وفقًا لنص المادة ٧ من الاتفاقية فان عقد البيع يكون خاضعا لقانون الدولة التى يقع فيها محل عمل البائع وقت إبرام العقد "

[1] راجع ماسبق – ص ٤٢ .

وهــذه القاعــدة التى تنص عليها م ١/٨ من اتفاقية لاهاى تنتمى إلى قواعد الإسناد الجامد-.

وهــذهِ القاعــدة سبق وأن نصت عليها المادة ١/٣ من اتفاقية لاهاى ١٩٥٥ والتى نصت على أنه فى حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيــق فإن البيع يخضع من حيث المبدأ لقانون البلد الذى يقيم فيه البائع إقامة عادية فى الوقت الذى تلقى فيه طلب البضاعة -.

ويرى الأستاذان lagarde , Batiffol [1] أن اتفاقية لاهاى ١٩٥٥ تــرجح قانــون الإقامة العادية للطرف الذى يقدم أداء مميزًا فى الواقع وفى إعــداد العقــد وإسناد عقد البيع إلى قانون محل الإبرام باعتباره محل الأداء معظم الحالات [2]

وهذه القاعدة التى نصت عليها اتفاقيتى لاهاى ١٩٥٥ ، ١٩٨٦ تخالف القاعدة التى نصت عليها المادة ٤ من اتفاقية روما عام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتى نصت فى الفقرة الأولى من المــادة المذكورة على أنه " فى حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لأحكام المادة ٣ من الاتفاقية يسند العقد لقانون البلد الذى يرتبط به بعلاقة وثيقة "

ونصــت الفقــرة الثانــية من المادة الرابعة من اتفاقية روما على أنه " ويفترض أن العقد مرتبط بأوثق صلة بقانون البلد التى يوجد بها وقت إبرام

---

[1] Batiffol et lagarde. Droit international prive,11,7e ed., no 594-l,p.312.

[2] LOUSSOURAN " la convention de la Haye de 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes a caractere international d`objets mobiliers corporel" Melanges de la Morandiere p313.

العقـــد الإقامـــة العادية للطرف الذى يجب أن يقدم الأداء المميز (المدين بـــالأداء المميز) أو مركز إدارته فيما لو كان شركة أو جمعية أو شخص اعتبارى "

ونص المادة ٤ فقرة ١، ٢ من اتفاقية روما قاطع بإسناد العقد فى حالة ســكوت أطــراف التعاقد عن اختيار قانون العقد إلى قاعدة إسناد مرنة وتحديدًا أنها تبنت فى حالة نظرية الأداء المميز-.

ثانيًا : قاعدة قانون محل أعمال المشترى :

وقد نصت المادة ٢/٨ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على استثناءات لصالح قانـــون محل المشترى وذلك بناء على اعتبارات تتعلق بمكان إبرام عقد البيع تنص على :

" يكون البيع خاضعًا لقانون الدولة التى يقع فيها محل المشترى فى وقت إبرام عقد البيع وذلك :-

أ – إذا جرت المفاوضات ، وأبرم عقد البيع بواسطة المتعاقدين فى هذه الدولة -. أو .

ب- إذا نص عقد البيع صراحة على أنه يتعين على البائع تنفيذ التزامه بتسليم هذه البضائع فى هذه الدولة -. أو

ج – إذا أبـــرم عقد البيع وفقا لشروط حددها المشترى بصفة رئيسية وبناء على دعوة وجهها إلى أشخاص عديدين بغرض المنافسة "

ونصـــت المـــادة ٢/٣ من اتفاقية لاهاى ١٩٥٥ على أحكام مشابهة ولكن ليست متطابقة تقرر بأنه يجوز أن يكون القانون الواجب التطبيق هو

قانــون الإقامة العادية للمشترى إذا كان طلب البضاعة تم تسليمه للبائع فى هذا البلد سواء للبائع أو من يمثله أو مندوب تجاري-.

ووفقا لهذه النصوص تتبنى اتفاقية لاهاى قاعدة إسناد جامدة فى حالات حددتها المادة ٢/٨ على سبيل الحصر لقانون محل المشترى وقت إبرام عقد البـيع باعتبار هذه القاعدة استثناء على قاعدة قانون محل البائع وقت إبرام عقد البيع-.

ويلاحــظ على حكم الفقرتين أ ، ج أن هما تركيز وأن ترجيح قانون الإقامة العادية للمشترى أو محل إعماله باعتباره الطرف الذى يقدم أداء مميزًا عــبرت عن مفترضاته الفقرتين أ ، ج وذلك بالقيام بالدور الأكبر فى إعداد العقد-.

يكــون البيع خاضعًا لقانون الدولة التى يقع فيها محل المشترى فى وقت إبــرام عقد البيع إذا نص العقد صراحة بأنه يتعين على البائع تنفيذ التزامه بتسليم البضائع فى هذه الدولة -.

كــان هذا الاستثناء اقتراح الوفد الجزائرى وكان يمثل تعبيرًا عن اتجاه الدول النامية التى كانت تطالب بخضوع عقد البيع الدولى لقانونها وهو فى أغلب الأحوال قانون المشتري.

ويرى جانب فى الفقه[1] أن هذا الاستثناء يمثل خرقًا لتجانس الحلول التى أتت بها الاتفاقية والتى تقوم ، حتى فى حالات أرجحية قانون المشترى ، على قاعدة تركيز إبرام العقد-.

وأن هــذا الاستثناء يمثل معيارًا جديدًا ، وهو مكان تنفيذ العقد

---

[1] لوسران – المرجع السابق ص ٢٨٨

مع كل ما يترتب على الأخذ بهذا المعيار من آثار-.

إلا أن يمكـــن القول أن صياغة هذا الاستثناء وتقييد إطلاق قاعدة محـــل التنفيذ باشتراط النص صراحة فى عقد البيع أن يتم تنفيذ التزام البائع الجوهـــرى بتسليم البضاعة فى دولة محل المشترى – أما بالنسبه للبائعين غير الـــراغبين فى تطبـــيق قانون المشترى فما عليهم إلا موقف سلبى وهو عدم إدراج مثل ذلك الشرط فى عقدهم-. وبذلك فنرى أن هذا الاستثناء له ما يبرره-.

ثالثًا : معيار القانون المناسب :

ويرى الأستاذ :Loussouarn أن اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ أشارت إلى معيار القانون المناسب the proper law وهى قاعدة جديدة لم تكن موجودة فى اتفاقية لاهاى ١٥ يونيه ١٩٥٥ تطبق على سبيل الاستثناء وفقا لمنهج القانون المناسب فنصت المادة ٣/٨ من الاتفاقية على أنه :

" علـــى ســـبيل الاستثناء ، إذا كان البيع ، بسبب ظروف معينة مـــثل وجـــود علاقات أعمال بين الأطراف ، يتضمن روابط أكثر وثوقًا بصـــورة واضحه مع قانون خلاف القانون الواجب التطبيق على العقد وفقـــا لبـــنـــد ١أو ٢ من نفس المادة فإن العقد يكون خاضعًا للقانون الأول".

وواضـــح من النص أن اتجاه الاتفاقية هو إعمال قاعدة القانون المناسب بطـــريقة اســـتثنائية وقد تعرض مشروع ذلك النص لاعتراض بعض الدول وعلـــى رأســـها روسيا وكان نتيجه ذلك الاعتراض أن صدر ذلك النص اختـــياريًا فالمادة ٤/٨ تنص أن الفقرة ٣ لا تطبق إذا كان البائع والمشترى وقـــت إبـــرام العقـــد يقع محل عملهما فى دول قررت التمسك بالتحفظ

المنصوص عليها فى المادة ١/٢١ ب وذلك التحفظ يشير إلى حكم المادة ٨ /٤ والتى تنص على أنه:

" يجوز لكل دولة عند التوقيع أو التصديق بالقبول والموافقة أو الانضمام للاتفاقية أن تتحفظ بأنها لن تطبق الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من الاتفاقية إلا إذا كـــان أطراف عقد البيع ليس لهم محل فى الدولة التى تحفظت بشأن الفقرة المذكورة فى الاتفاقية الحالية .

ووفقا للتحفظ الوارد بالمادة ٢١-١ – ب فإن الدول التى تمسكت به لـــن يمكنها تطبيق نص المادة ٤/٨ إذا كان أحد المتعاقدين يقع محله فى دولة قررت التحفظ-.

ويمـــثل الأخـــذ بمعيار القانون المناسب تأثر واضعى الاتفاقية بالمنهج الأمريكـــى جزئيًّا ذلك أن عبارة نص المادة ٣/٨ وقفت عند الإشارة إلى قانـــون الدولـــة التى ترتبط بالعقد بروابط أكثر وثوقًا بصورة واضحة من قانـــون خـــلاف القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا للبند ١ ، ٢ من نفس المادة .

و لم يُشرْ نص المادة ٣/٨ من اتفاقية لاهاى إلى معيار التركيز الموضوعى أو معيار الأداء المميز على النحو المنصوص عليه صراحة فى المادة ٢/٤ من اتفاقية روما-.

وقـــد سبق أن ذكرنا أن معيار القانون المناسب هو إسناد مرن للرابطة التعاقدية للقانون الأوثق صلة بها-.

ويـــوجد قـــيد آخر لنطاق تطبيق المادة ٣/٨ من اتفاقية لاهاى يتعلق بتطبـــيق اتفاقية فيينا ١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولية للبضائع وقد نصت عليه المادة ٥/٨ بأن المادة ٣/٨ لن تطبق فى المسائل التى نظمتها اتفاقية فيينا

إذا كـــان البائع والمشترى وقت إبرام العقد تقع محلهم فى دول مختلفة وفى نفس الوقت يكونوا أطرافًا فى هذه الاتفاقية-.

الفصل الثالث

تحديد القانون الواجب التطبيق فى بعض البيوع الخاصة

يـــوجد نوعان من البيوع يثيرا جدلاً فى تطبيق القانون الواجب التطبيق وفقًا لأحكام اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ هما : -

بـــيوع المــــزاد والبيع فى سوق الأوراق المالية من ناحية ، وعقود البيع للمستهلكين من ناحية ثانية ، ذلك أن النوع الأول من البيوع كان مستبعدًا مـــن أحكام اتفاقية فيينا ومع ذلك نصت عليه اتفاقية لاهاى فى نص خاص المـــادة ٩ ، والنوع الثانى من البيوع التى نصت عليها اتفاقية روما بأحكام خاصـــة م/٥ ، وكـــان مطروحًا على مؤتمر لاهاى لكنه استبعد بناء على اعتـــراض بعـــض الوفود ومع ذلك فهناك رأى فى الفقه يرى بخضوع هذا النوع من البيوع لقواعد خاصة .

وسنعرض :

أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق فى بيوع المزادات والبيع فى سوق الأوراق المالية – " مبحث أول " .

ثانيا : عقود بيع المستهلكين " مبحث ثان " .

مبحث أول
تحديد القانون الواجب التطبيق
فى بيوع المزادات والبيع فى سوق الأوراق المالية

المقصود بالبيع بالمزاد العلنى هو البيع الاختيارى الذى يجرى بطريق المناداة على السلعه ورسو مزادها على المشترى الذى يقدم أعلى ثمن ، وهذا البيع معروف فى المعاملات الدولية ، وخاصه عندما يتعلق ببيع تحف أو لوحات فنيه أو مخطوطات أو آثار[1] .

وهذا البيع قد استبعدته صراحة اتفاقية فيينا فى الماده ٢ فقره ب .

أمـــا البـــيع فى ســـوق الأوراق المالية أو البورصة فهو يشمل الأسهم والسندات وشهادات الاستثمار [٢] .

كذلك استبعدت هذا النوع من البيوع اتفاقية فيينا فى المادة ٢ فقرة ب .

القانون الواجب التطبيق :

القاعدة السائدة فى النظم القانونية المقارنة هو خضوع مثل هذه البيوع لقانـــون البلد الذى أجرى فيها هذا البيع لتعلق تنظيم هذه البيوع بقواعد آمـــره وبالنظام العام فى الدولة التى يجرى على إقليمها هذه البيوع ولذلك فلايجوز اتفاق الأطراف فى مثل هذه البيوع ولا محل لمبدأ سلطان الإرادة .

وقـــد احتـــرمت اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ هذه القاعدة ولكنها أجازت الاتفاق فى عقد البيع الدولى بشرط عدم تعارض ذلك مع قوانين الدولة التى تمت فيها هذه البيوع [٣] .

---

[1] محسن شفيق – المرجع السابق – ص ٧٧ .

[2] محسن شفيق – المرجع السابق – ص ٧٨ .

[3] لوسران – المرجع السابق ص ٢٩١ .

وعلى ذلك نصت المادة ٩ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أنه : -

" يخضـــع البـــيع فى المزادات ، والبيع فى سوق الأوراق المالية للقانون المخـــتار من المتعاقدين وفقاً لنص المادة ٧ من الاتفاقية ، بشرط ألا يكون قانـــون الدولة التى أجرى فيها البيغ بالمزاد أو البيع فى سوق الأوراق المالية يحظر ذلك الاتفاق "-.

وفى حالة غياب هذا الاتفاق ، أو أن يكون هذا الاتفاق محظوراً ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى جرى فيها البيع بالمزاد أو ببيع الأوراق المالية " .

ووفقًا لحكم الماده ٩ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أنه :

" يخضـــع البـــيع فى المزادات ، والبيع فى سوق الأوراق المالية للقانون المخـــتار من المتعاقدين وفقًا لنص المادة ٧ من الاتفاقية ، بشرط ألا يكون قانـــون الدولة التى أجرى فيها البيع بالمزاد أو البيع فى سوق الأوراق المالية يحظر ذلك الاتفاق " .

وفى حالـــة غياب هذا الاتفاق ، أو أن يكون هذا الاتفاق محظورًا فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى جرى فيها البيع بالمزاد أو بيع الأوراق المالية " .

ووفقًا لحكم المادة ٩ من اتفاقية لاهاى يحتفظ الأطراف بحق اختيار القانون الواجب التطبيق فى بيوع المزادات والبيع فى سوق الأوراق المالية بشرط ألا يكون هذا الاختيار ممنوعًا بموجب قانون الدولة التى يجرى فيها البيوع بالمزاد أو البيع للأوراق المالية ويكون اختصاص القانون الوطنى فى هذه الحالة بصفة تكميلية .

مبحث ثان

عقود البيع للمستهلكين :

Ventes aux consommateurs

١) كانت هذه المسألة محل جدل كبير فى ظل اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ من منظور تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق .. إلا أن نصوص الاتفاقية لم تستبعد هذا البيع للمستهلكين من نطاق تطبيقها .

فى كـــثير من البلاد تتدخل التشريعات الحديثة بقواعد آمرة فى تنظيم البيع للمستهلكين لتكفل الحماية لهم .

مثل تضمين هذه العقود حق الفسخ بالنسبة للمستهلكين أو منع شروط الإذعان .

مثال ذلك فى فرنسا .

La loi du 10 janu.1978 sur la protection et l`information des consomateurs en matiere de credit et en matière du produits et services,

La loi du 13 jullet 1979 sur la protection et l`information de l` empruneur immobilier-.

إلا أنـــه يجدر التنبيه أن مثل هذه القوانين لم تصل إلى حد استبعاد حق الأطراف فى اختيار قانون أجنبى يحكم عقدهم[١] .

٢) وقد عرفت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية روما ١٩٨٠ عقود المستهلكين بأنها " العقود التى يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات لفرد هو المستهلك ، بصفته أجنبيًّا وذلك من أجل

---

[١] لوسران ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ .

استخدامه الشخصى ، والذى لا صلة له بنشاطه التجارى أو المهنى ·

ويأخذ حكمها العقود التى تتعلق بتمويل هذا التوريد" ·

ونصت كثير من التشريعات الحديثة على قوانين تضمنت قواعد آمرة لتأمين حماية المستهلكين باعتبارهم الطرف الضعيف فى تعاملهم مع الشركات الضخمة للإنتاج والخدمات والتى تفرض النوعية والثمن من الناحية الواقعية ما يجعل وجود الرضا من جانب المستهلك محل شك ·

لذلك تحرص التشريعات الحديثة [1] على منح المستهلكين حق التروى قبل التوقيع على العقد وحق فسخه من جانب واحد فى مدة معينة ومنع الشروط التعسفية ·

وقد نص القانون الدولى الخاص السويسرى بأنه يسرى على عقود المستهلكين قانون دولة محل الاقامة العادية للمستهلكين :

ا – إذا كان المورد قد تلقى الطلب من هذه الدولة ·

ب– إذا كان إبرام العقد فى تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد ·

ج– أو كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه " ·

وقد تضمن القانون الدولى الخاص الألمانى حكم مماثل للقانون السويسرى [2]

[1] التشريع الفرنسى الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٧٨ بشأن الحماية والمعلومات للمستهلكين فى مجال السلع والخدمات والتشريع الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٧٩ ·

[2] والقانون الألمانى فى ٩ ديسمبر ١٩٧٨

والقانون الإنجليزى عام ١٩٧٧ الذى يمنع الاتفاق على اختيار قانون أجنبى لعقود المستهلكين-

وقد استثنت اتفاقية روما من عقود المستهلكين نوعين من العقود هما :

أ- عقود النقل (م٤ أ من الاتفاقية)

ب- عقد توريد الخدمات ، إذا كانت هذه الخدمات التى يتعين أداؤها إلى المستهلكين تقدم فقط فى بلد غير التى توجد بها إقامته العادية (م٤ /ب من اتفاقية روما).

وقد نصت الاتفاقية على قيد هام على مبدأ حرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم [1] وذلك بنص المادة ٢/٥ من اتفاقية روما باستبعاد نصوص المادة الثالثة من الاتفاقية التى تنص على حق الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق والتى يترتب عليها حرمان المستهلك من الحماية التى تكفلها النصوص الآمرة فى قانون البلد الذى فيها إقامته العادية وذلك فى الأحوال الآتية :

- إذا كان إبرام العقد فى تلك الدولة قد تم بناء على طلب خاص أو دعاية قام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد-.
- إذا كان المورد قد تلقى الطلب فى هذه الدولة .
- إذا كان محل عقد البيع بضائع ، وكان توجه المستهلك إلى بلد أجنبى بناء على طلب المورد ليتم فيها إبرام العقد-.

كذلك تنص م ٣/٥ من اتفاقية روما على قاعدة إسناد خاصة فى عقود بيع المستهلكين وذلك باستبعاد قاعدة الإسناد العامة التى نصت عليها المادة ٤ من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق فى غياب الإرادة أو فى حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق فإن القانون

---

[1] H. Gaudemet-. Tallon Fasc 1981 , no90

الـــواجب التطبيق على عقود بيع المستهلكين يحكمها قانون البلد الذى فيه الإقامـــة العاديـــة للمستهلك إذا تبين من الظروف اتفاق الأطراف على الـــتعاقد وفقـــا لما هو مبين فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية روما-.

أمـــا اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ فقد ثارت مشكلة وضع نص خاص لعقود المســـتهلكين علـــى غرار المادة ٥ من اتفاقية روما ١٩٨٠ وقد وضع مؤتمر لاهـــاى فعلا نصوصًا تمهيدية خاصة بعقد بيع المستهلكين لاعتمادها كأحد نصـــوص الاتفاقية إلا أن هذه النصوص واجهت معارضة حادة من جانب دول أوروبا الشرقية وبعض البلاد النامية لذلك رؤى حسما لذلك الخلاف باستبعاد هذه النصوص على أن تكون محلاً لاتفاقية خاصة [1]-.

ونخلص مما سبق أن الأحكام الخاصة بحماية المستهلكين حتى وإن خلت اتفاقـــية لاهـــاى ١٩٨٦ مـــن نص خاص بشأنها هى من قواعد البوليس الاقتصادى والتى لها أولوية فى التطبيق على قانون الإرادة [2]-.

٢- إن اتفاقية روما كرست مبدأ عامًا بالنسبه لعقود المستهلكين يقوم على قاعدتين نصت عليها المادة الخامسة من الاتفاقية :

أ- اختـــيار الأطراف قانونا واجب التطبيق على عقدهم لايترتب عليه بالضرورة حرمان المستهلكين من الحماية التى تكفلها لهم النصوص الآمرة فى قانون البلد الذى به محل إقامتهم العادية (م٢/٥ روما) .

ب- فى حالـــة سكوت الأطراف عن اختيار قانون يحكم عقدهم فإن العقـــد يخضع لقانون البلد الذى به الإقامة العادية للمستهلكين (م ٣/٥

---

[1] المرجع السابق ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ Yvon loussoa ARN

[2] أحمد عبد الكريم ، قانون العقد الدولى المرجع السابق ص ٢٠٩-.

رومـــا) مع الأخذ فى الاعتبار الاستثناءات التى نصت عليها المادة ٤/٥ من اتفاقية روما -.

٢- إن القاعدة العامة فى الإسناد فى عقود البيع للمستهلكين فى حالة غـــياب الإرادة أو ســـكوت الأطـــراف عن تحقيقها هى الإقامة العادية للمســـتهلكين والتى تمثل معيار أو عنصر التركيز الموضوعى فى العقد وهو نفـــس المعـــيار أو الضـــابط فى فرض اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق-.

٣- ونـــرى أن المبدأ الذى نصت عليه اتفاقية روما فى شأن القانون الـــواجب التطبيق على عقود المستهلكين من مبادئ القانون الدولى الخاص وإزاء خلـــو اتفاقية لاهاى لسنه ١٩٨٥ من نص مماثل ، كذا خلو التشريع المصرى ، نرى الأخذ به عملاً بنص المادة ٢٤ مدني-.[١][٢]

[1] د. أحمد عبد الكريم ، قانون العقد الدولى المرجع السابق ص ٢٠٩

[2] المرجع السابق ص ٣١٣ paml LAGARDE

الفصل الرابع
موقف المشرع المصرى
فى تحديد القانون الواجب التطبيق
على عقد البيع الدولي

لم يـرد فى التشـريع المصـرى قاعدة إسناد خاصة بعقد البيع الدولى للبضائع، ولم تنضم مصر لاتفاقية دولية ، ثنائية أو جماعية ، تتضمن قواعد إسناد خاصة بعقد البيع الدولى ، وإزاء ذلك لا مناص من الرجوع لقواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية باعتبارها القواعد الواجبة التطبيق على عقد البيع الدولى . ولما كانت هذه القواعد لم ترد فى النظام القانونى المصرى إلا فى نـص المـادة ١/١٩ مـن القانون المدنى ، والمادة ١/٣٩ من قانون التحكيم فإننا سنعرض لهما فى مبحثين متتالين .

المبحث الأول
القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي
وفقا لنص م ١/١٩ مدنى

نصت م١/١٩ مدنى :

" يسـرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا ، فإذا اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد-..."

وبمقتضـى هـذا النص فإن المشرع قد اعتنق مبدأ حرية المتعاقدين فى اختـيار قانون العقد سواء كان الاختيار صريحًا أو ضمنيًا وان هذه الحريه

مطلقة مـــن كل قيد ، وفى حالة عدم وجود هذا الاختيار يلتزم القاضى بتطبيق أحد معيارين هما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، أو قانون محل إبرام العقد وأنه يلتزم بتطبيق هذين الضابطين على سبيل التدرج-.

ونشير إلى أن تحديد الموطن المشترك ومفهومه وتحديد محل إبرام العقد ، مـــن مسائل التكييف اللازمة لإعمال قاعدة التنازع وتخصه بالتالى لقانون القاضى (م ١٠ مدنى)

ويرى الفقه فى مصر [1] أن موقف المشرع المصرى الذى اتخذه فى المادة ١/١٩ مـــن القانـــون المدنى يخالف المبادئ التى استقر عليها الفقه والقضاء وكـــذلك التشريعات الداخلية والدولية فى مجال القانون الدولى الخاص لأن الإسناد الجامد الذى نصت عليه المادة ١/١٩ يفتقر إلى المرونة التى يتطلبها اختلاف طبيعة العقود التى تبرم فى إطار التجارة الدولية-.

وللإفـــلات من هذا الإسناد الجامد المقرر بنص تشريعى (م ١/١٩) يرى جانب من الفقه[2] مناشدة المشرع بتعديل تشريعى باعتناق نظرية الأداء المميز ويرى رأى آخر [3] أنه إلى حين التعديل المرتقب للتشريع المصرى فإنه يمكن تطبيق نظرية الأداء المميز استنادًا إلى حكم المادة ٢٤ مدنى التى نصت علـــى أن " تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص "-.

ويبقى نص المادة ١/١٩ نصًّا عامًّا يرجع إليه فيما لو تكن هناك قاعدة

---

[1] د-. هشام صادق المرجع السابق ص ١٠٤٨

[2] د-. أحمد عبد الكريم قانون العقد الدولى المرجع السابق ص ١٩٩-.

[3] د. هشام صادق المرجع السابق ص ١٠٥٢

إسناد خاصة تحكم هذا العقد الذى طرح النزاع فى شأنه على القضاء-.[1]

وقــد قضت محكمة النقض بأن " النص فى المادة ١٩ من القانون المدنى علـــى أن يســرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى توجد فيها المـــوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولـــة التى تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذى يراد تطبيقه-.. يدل على أن يتعين الوقوف ابتداءًا على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبـــيق على الالتزامات التعاقدية فاذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادهما فى هـــذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التى تم فيها العقد "(١٩٨٩/١٢/٤ طعن ١١١٤ سنة ٥٢ق – م نقض م – ٤٠ -٢٤٤ ويراجع نقض ١٩٩٩/٣/١٤ – طعن ٨٧١٤ سنه ٦٦ق)-. وبأن " مـــتى كـــان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى أن التعاقد على شحن البضـــاعة المؤمَّن عليها بمعرفة الطاعنة تم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن ، أعمل ما تم اتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحرًا الصادر بإنجلترا فى سنه ١٩٢٤ – والقواعد الملحقة بـــه ، وكانت المادة الرابعة من تلك القواعد تقضى بعدم مسئوليه الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن أعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو المرشـــد أو مستخدمى الناقل فى الملاحة أو فى إدارة السفينة وكان تحصيل الحكـــم لما ورد بمشارطتى الإيجار وسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبـــيق القانـــون المذكور هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به

---

[1] راجع د. هشام صادق بند ٩ ص ١٠٥٣-.

قاضى الموضوع متى كان سائغًا وله أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضـــائه ، فإن المحكمة لا تكون بعد ملزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائى – الـــذى ألغته – والرد عليها ويكون النعى بما ورد فى هذا السبب على غير أســـاس (١٩٧٤/٦/١٣ طعن ٢١٤ لسنه ٣٨ق – م نقض م –٢٥- ١٠٤٥) وبأن " تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق علـــى تطبـــيق قانون أجنبى بما يؤدى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمـــادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى أو لايفيد ذلك هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يســـتقل به قاضى الموضوع ، مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله "

(١٩٧١/٣/٢٣ طعن ٣٩٣ لسنة ٣٦ ق –نقض م –٢٢- ٣٧١)-.

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٩ مـــن القانون المدنى يدل على أن المشرع اعتد أساسًا بالإرادة الصريحة أو الضـــمنية للمتعاقدين كضابط للإسناد فى الالتزامات التعاقدية فإذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة فى تطبيق قانون معين أو إذا لم تتحد الإرادة الصريحة أو الضمنية وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولـــة الـــتى تم فيها التعاقد إلا أنه استثناء من هذه القاعدة نص فى الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على " قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار " وعلى ذلك فإن كافة العقود المتعلقة بعقـــار موجـــود فى مصـــر تخضع للقانون المصرى سواء كانت تتعلق بحق شخصى كعقد الإيجار أو تتعلق بحق عينى كعقد البيع (١٩٩٩/٣/١٤ طعن ٨٧١٤ سنه ٦٦ ق)-.

المبحث الثانى

القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى وفقًا لقانون التحكيم ١٩٩٤/٢٧

يرى الفقه[1] فى مصر أن القانون المصرى للتحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد أخـذ عـن القانـون النموذجـى للتحكـيم الـذى وضعته اليونسترال UNCITRAL مـع اخـتلاف يسـير فى الصياغة ، ويختلف القانون الـواجب التطبيق على عقد البيع الدولى وفقا لقانون التحكيم المصرى فى حالة إتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عنه فى حالة سكوت الأطراف عن رضاء قانون عقدهم .

اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق :

أولاً : فى حالة اتفاق الأطراف :

تـنص م ١/٣٩ مـن قانون التحكيم ٩٩٤/٢٧ على أنه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع التراع القواعد التى يتفق عليها الطرفان- وإذا اتفقا علـى تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك "

ظاهر النص أن المشرع أطلق للأطراف حرية الاتفاق فى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم إلا أنه ميز بين فرضين :

أ) حرية اختيار " القواعد " التى تحكم عقدهم :

فوفقا للنص أطلق النص للأطراف حرية اختيار قواعد يروها مناسبة لحكـم عقـدهم ويلاحظ أن المشرع لم يشترط فى هذه القواعد أن تكون

---

[1] د- محمود سمير الشرقاوى ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التراع فى التحكيم التجارى الدولى ، مجلة التحكيم العربى العدد الثانى يناير ٢٠٠٠-.

" قانونية " بمعنى انتمائها لقانون دولة معينة أو حتى لنظام قانونى عالمى فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على قواعد خاصة أو شروط تعاقدية معينة أو الإشارة إلى أحكام عقد نموذجى أو قواعد موضوعية موحدة وضعتها منظمة من منظمات التجارة الدولية مثل لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية UNCITRAL أو غرفة التجارة الدولية ICC أو الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين FIDIC [1].

وهذا الاتجاه الذى تبناه قانون التحكيم يمثل خروجا على موقف المشرع المصرى الذى تنص عليه م ١/١٩ والتى تضع مجالا لاختيار الأطراف قانون العقد الذى اتفق الأطراف على اختياره وهو أن يكون قانونا داخليا لدولة معينة ، باعتبار أنه لا يثور تنازع إلا بين قوانين دولة تتمتع بهذا الوصف وفقًا لمبادئ القانون الدولى العام[2]-.

أما وفقا لنص م ١/٣٩ من قانون التحكيم فإنه يجوز للأطراف اختيار قواعد مصدرها أعراف تجارية ، أو قواعد مستمدة من اتفاقات دولية غير نافذة فى مصر أو عقود نموذجية جرى عليها العمل فى المجال الذى تم التعاقد فى إطاره-.

وقد أكد قانون التحكيم هذه القاعدة فى نص المادة ٦ من قانون التحكيم " إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجى أو اتفاقية دولية أو أى وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم "-.

---

[1] د. مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، دار النهضة العربية ١٩٩٥ أرقام ٨١/٧٨-.

[2] راجع د-. هشام صادق ، المطول فى تنازعه القوانين فقرة رقم ١٣

ب) فى حالة اختيار قانون دولة معينة :

ويلاحـــظ أن المشرع أطلق حرية الأطراف فى اختيار قانون الدولة التى يـــرون تطبـــيق قانونها على عقدهم سواء كان هذا العقد مرتبطًا بالعقد أو قانونًا محايد ، بمعنى لا علاقة له بالرابطة العقدية ، وأيضا لم يقيد حقهم فى جـــواز اختـــيار أكثر من قانون لحكم عقدهم إلا أنه قيد نطاق هذا الحق بالقواعد الموضوعية فى هذا القانون مالم يتفق الأطراف خلال ذلك-.

ونخلص من حكم المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم أنها لا تتضمن قاعدة مـــن قـــواعد التنازع ولكنها قاعدة مادية ذات طابع تنازعى وهى فى ذلك تخـــتلف فى طبيعتها عن قاعدة الإسناد المقررة فى المادة ١/١٩ من القانون المدني-.

لذلك فإن نفس النزاع إذا عرض على قضاء التحكيم وفقا لنص م ٣٩/ ١ ســـيختلف فيه الحل النهائى للنزاع عما عرض على القضاء الوطنى الذى سيطبق قاعدة الإسناد المقررة وفقا لنص م ١/١٩ من القانون المدني-.

ثانيًا : تحديد القانون الواجب التطبيق فى حالة عدم الاتفاق :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى على أنه :

" وإذا لم يـــتفق الطرفان على القواعد واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع "

ومفتـــرض هـــذه الحالة قيام تنازع بين قوانين تتصل بالعلاقه موضوع الـــنزاع [1] وجدير بالإشارة ، أنه إذا كانت العلاقات محل النزاع وطنية فى

[1] د-. مصطفى الجمال ، د-. عكاشة عبد العال ، " التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ص١ سنه ١٩٩٨ رقم ١٨٢-.

كافــة عناصرها ، فإنه لايكون هناك مجال أمام هيئة التحكيم لتطبيق قانون أجــنبى عليها ، وإنما يتعين عليها بالضروره تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون اذ لا تثير مثل هذه العلاقة تنازعًا بين القوانين ولا تتصل إلا بالقانون الوطنى [1]-.

وعلى ذلك ، فإن سلطة هيئة التحكيم فى تحديد القانون الأكثر اتصالاً بــالنزاع لا تقرر إلا بالنسبة للتحكيم الدولى الذى يكون محله علاقة تجارية دولية-.

ويقتـــرب حكم القانون المصرى من القاعدة الواردة فى المادة ١٧ من قـــواعد غرفة التجارة الدولية ICC السارية اعتبارًا من أول يناير ١٩٩٨ والتى تنص فى فقرتها الأولى من هذه المادة بأنه فى حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون الذى تراه مناسب-.

أمــا المادة ٢/٢٨ من القانون النموذجى فتنص على أنه " إذا لم يعين الطــرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذى تقرره قــواعد تــنازع القوانين التى ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق " وهذا النص يخــتلف عن حكم المادة ٢/٣٩من قانون التحكيم المصرى لأنه يقيد سلطة هيئة التحكيم فى تطبيق القانون الذى تشير إليه قواعد الإسناد واجبة التطبيق أمــا نص المادة ٢/٣٩ من التحكيم المصرى فقد أطلق سلطة هيئة التحكيم من هذا القيد ، وأفسح لها مجال تطبيق نظرية the proper law فى تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع.

---

[1] د. الجمال ، د. عبد العال – المرجع السابق رقم ١٨٣-.

نخلص مما سبق أن المشرع المصرى وفقا لنص م ١/١٩ مدنى ، ١/٣٩ مـــن قانون التحكيم أخذ بمبدأ حرية الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبـــيق على العقد حال اتفاق أطراف التعاقد على ذلك سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيًا -.

إلا أن فى حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد فإن موقف المشرع يوصف بالازدواجية -.. ذلك أن نص م ١/١٩ مدنى نصت على إسناد جامد لأحد قانونين هما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد ، أما وفقا لنص م ١/٣٩ من قانون التحكيم نص على إسناد مرن واعتنق مبدأ القانون المناسب the proper law لذلك فإن نفس النزاع المتعلق بعقد بيع دولى فى فرض سكوت أطرافه على اختيار القانون الواجب التطبيق إذا عرض أمام القضاء الوطنى يحتمل حلا مغايرًا إذا عرض أمام التحكيم لذا يلزم توحيد قاعدة الإسناد وتعديل تشريعى يضاف لنص المادة ١/١٩ مدنى ليتفق مع ما ورد من نص المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم-.

الباب الثانى

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدول للبضائع وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

الفصل الأول

تكوين العقد وآثاره

استقر القضاء الفرنسى منذ حكم النقض الصادر فى عام ١٩١٠ [١] والذى قضى بمبدأ اختصاص قانون الإرادة بحكم العقد سواء فيما يتعلق بشروط تكوين العقد أو بالنسبة لآثاره-.

"la loi d`autonomie est competente pour regir le contrat tant pour ses conditions de formation que pour ses effets".-

وعلى نهج القضاء الفرنسى كانت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ فيما يتعلق بتحديد نطاق قانون العقد كقاعدة مع استثناء بعض المسائل الخاصة عند تنازع القوانين بشأنها. وهدف اتفاقية روما هو ضمان الوحدة القانونية لنظام العقد بقدر الإمكان وبإسناده لقانون واحد.

وأصبح ذلك المبدأ هو السائد فى غالبية البلاد ، وقد نصت على ذلك الكثير من التشريعات الحديثة مثل: التشريع السويسرى [٢] والتشريع الألمانى [١]

---

[1] Cass.,5dec.1910,s.1911.I.129, note 1yon- Caen , Rev. dr-.int.pr.,1911.395,clunet, 1912.1156, 7 juill 1954 , Rev. crit-. de-. pr. 1955-. 129 ,note lambu-Merlin , 21 mov. 1973-.

[2] J.F.AUBERT , " les contrats internationaux dans doctrine et la Jurisprudence suisses " Rev.cr-. dr-. int-. pr-., 1962-. 19, Art-. 112 ets., loi du 18 dec 1987-. sur ces nouvelles dispositions , V-. Stojanovic, " le droit des obligations dans la

ونصت المادة ١٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أنه :

"يخضـــع عقد البيع للقانون الواجب التطبيق وفقا للمواد ٧، ٨، أو ٩ وعلى وجه الخصوص :

A - تفسير العقد .

B - الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وتنفيذ العقد.

C - مـــن الـــتاريخ الـــذى يكون للمشترى الحق فى الناتج والثمار والدخل الناشئ عن البضائع .

D - مـــن الـــتاريخ الـــذى يتحمل فيه المشترى المخاطر التى تتعلق بالبضائع.

E - صـــحة وآثـــار شـــــرط الاحـــتفاظ بملكية البضائع فيما بين المتعاقدين.

F - آثار عدم تنفيذ العقد ، ويدخل فى ذلك حالات نقص البضاعة والتعويض المستحق مع استبعاد المسائل التى تدخل فى القانون الإجرائى للقاضى .

G- انقضـــاء الالتـــزامات الناشـــئة عن العقد مثل التقادم المكسب والسقوط .

H - آثار إلغاء أو بطلان العقد ".

ويلاحـــظ على نص المادة ١٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ، أنها سارت

---

nouvelle federale suisse sur le dr-. int-. pr " Rev. cr-. dr-. int pr-., 1988-. 261-.

[1] Art-. 27 ets-., loi du 25 Juill-., 1986-. V-. le texte Rev-. crit-. dr-. int-. pr-. 1987-. 170-.

على نهج اتفاقية روما ١٩٨٠ (م ١٠) وذلك بأنها حصرت أهم المسائل التى تدخل فى نطاق عقد البيع الدولى للبضائع وأشارت أنها تخضع لقانون العقد حسبما أشارت المواد من ٧ - ١٠ فى الاتفاقية .

كما يلاحظ أن هذا التعداد للمسائل المذكورة فى المادة ١٢ من اتفاقية لاهاى أنه على سبيل المثال وليس الحصر وأن الغرض منه لفت الانتباه إلى المسائل الرئيسية التى تدخل فى نطاق تطبيق العقد [١] .

وتبقى بعض المسائل التى لم تشر إليها المادة ١٢ من الاتفاقية وذلك إما يكون راجعا إلى عدم الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق بشأنها مثال ذلك الاتفاق بين غائبين أو أن الاتفاقية أفردت لها نصا خاصا وهذه المسائل التى تشكل نطاق قانون عقد البيع الدولى سنعرض لها من حيث القانون الواجب التطبيق عليها فى ثلاث مباحث :

مبحث أول : تكوين عقد البيع .

مبحث ثان : تحديد القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد البيع ونطاقه .

مبحث ثالث : القانون الواجب التطبيق على انقضاء عقد البيع .

---

[1] Loussouarn المرجع السابق ص ٢٩١

المبحث الأول

تكوين العقد Formation du contrat

يقوم العقد على أركان ثلاث : التراضى ، والمحل ، والسبب

ويترتب على تخلف أى ركن جزاء وهو البطلان وسنعرض للقانون الواجب التطبيق فى عقد البيع الدولى للبضائع بالنسبة لكل ركن من أركان ذلك العقد والجزاء المترتب عليه .

وسنشير أولاً لرأى الفقه والقضاء ثم نعقب بعد ذلك بموقف اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ فى المبحث التالى .

أولاً : وجود التراضى وصحته :

يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين ، وحتى يكون العقد صحيحًا يجب أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين .

وتنص المادة ٨٩ من التقنين المدنى : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد "

والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحًا بأن يكون له مظهر خارجى وذلك ما نصت عليه المادة ١/٩٠ من التقنين المدنى " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا فى دلالته على حقيقة المقصود ".

كما قد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا وذلك فى حالة تخلف المظهر المادى المحسوس له وذلك مانصت عليه المادة ٢/٩٠ من التقنين المدنى [١]

---

[١] السنهورى - الوسيط - المجلد الاول - بند ٦٨ ص ١٧٠ .

إلا أن هـــناك آراء فى الفقه المصرى ترى خلاف ذلك فيذهب رأى [1] بإخضاع وجود ونتيجة الرضا لقانون المحكمة باعتباره مسألة متعلقة بالوقائع أو لقانون شكل العقد إذا كان لابد للرضا من مظهر خاص .

ويـــذهب رأى ثان[2] بأن المادة ١٩/١ من التقنين المدنى تتكلم فقط عن الالتزامات التعاقدية دون الانعقاد أو التكوين وأنها بذلك مسالة تكييف أولى يرجع فيها إلى قانون القاضي.

وذهـــب رأى إلى إخضاعها لقانون القاضى لتعلقها بالنظام العام لأنها تهدف إلى حماية الإرادة والتى تحميها قواعد آمرة [3].

ويشمل نطاق البحث وجود التراضى وصحته كيف يحصل التعبير عن الإرادة ، وهـــل يستوى التعبير الصريح والتعبير الضمنى ، ومتى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، وهل يشترط لذلك أن يصل إلى علم من وجه اليه وهل يتأثـــر التعبير عن الإرادة بموت من صدر منه أو بفقده أهليته ، وما مدى القـــوة الملزمة للإيجاب ، وما الميعاد الذى يصح فيه القول ، وكيف يطابق القبول الايجاب ، وهل يعتبر مجرد السكوت قبولاً [4] .

والراجح فى الفقه المصرى [5] إخضاع التراضى لقانون العقد لأنها الركن الجوهرى فى العقد من ناحية ، ولأنها ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على كافة مراحل العقد .

---

[1] محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ١٩٨٧ ص٥٨٣، ٥٨٤ .

[2] د. د. حامد زكى ، المرجع السابق ، رقم ٢٩٥ ص ٣٢٤ .

[3] د. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ٢١٩ .

[4] د. عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ص ٤٧٠.

[5] د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ص ٦٧١.

د. أحمد عبد الكريم ، قانون العقد الدولى — المرجع السابق ص ٢١٩.

ويرى Niboyet [1] ، Batiffol [2] أن صحة التراضى تمثل عنصرًا فى المشروعية الموضوعية للاتفاق ويرتبط التراضى بصحة العقود وبالتالى يجب الاعتداد باختصاص قانون العقد وذلك هو الراجح فى الفقه المصرى [3] .

التعاقد بين غائبين :

يـــثير تطبيق مبدأ قانون العقد على التراضى بين أطرافه فى حالة التعاقد بـــين غائبين خلافًا وذلك فى فرض تحديد مكان ووقت تكوين العقد المبرم بين طرفين من خلال اتصال هاتفى أو بالمراسلة أو بالبريد الالكترونى .

والفقـــه الغالب فى هذا الفرض يستبعد قانون الإرادة وخاصة إذا كان محل الإبرام يصعب تحديده وأن الحل فى هذا الفرض هو قانون القاضى la lex Fori [4].

ويـــذهب رأى اخـــر أنه من الأفضل البحث حول تركيز العقد وأن مركز الثقل فى هذه الحالة قد يكون قانون المتعاقدين الذى حرره العقد ، أو القانون الوطنى أو الموطن المشترك للمتعاقدين ، أو قانون محل التنفيذ [5] .

---

[1] Niboyet , theorie de l`autonomie de la volonte Recueil des cours de l`Academie de droit international , 1927 , I , p 81 – 83

[2] Batiffol et lagarde-. traite 1971 no 596 ets-.

[3] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ص ٤٧١ ، هشام صادق المرجع السابق ص ٦٧١ ، د. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ٢١٩ .

[4] De VISSCHER-. " Du moment et du lieu de formation d`un contrat par correspon dance en droit international pvive" Rev-. dr-. int et legisl-. comp., 1938 , t.xix , p-. 88 ets-.

[5] P. BOUREL , rev-. cri-. dr-. int-. pr-., 1960, p.200, LEREBOURS – PIGEONNIERE ,precis Ie ed , no 478 p. 655 M.Simon – DEPITRE , note sous Limoges ,4 dec. 19701 Rev. o2.

عيوب الإرادة :

لا يكفى أن يكون التراضى موجودًا ، بل يجب أن يكون صحيحًا والتراضى لايكون صحيحًا الا إذا كان صادرًا من ذى أهلية ـــ و لم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[1] .

اخـــتلف الفقـــه حول القانون الذى يحكم عيوب الإرادة فذهب رأى [2] إلى إخراجها من نطاق قانون العقد ، وإخضاعها للقانون الشخصى لكل من المتعاقدين لأن هـــدفها حمايـــة الشخص المتعاقد وتتصل بأهليته وأن القواعد الخاصة بالرضا قواعد آمرة وأنه يصعب اختيار قانون أجنبى إذا كان الرضا معيبًا [3] .

وقـــد انـــتقد الرأى السابق على أساس أن عيوب الإرادة ليست من مسائل الحالة والأهلية ولكنها تتعلق أساسًا بظروف التعاقد وليس من المنطق فصل وجود التراضى عن صحته وإخضاع كل منها لقانون بل يتعين خضوعها لقانون واحد هو قانون العقد .

ثانيًا : المحل L'objet

محل الالتزام هو الشىء الذى يلتزم المدين القيام به ويلتزم المدين إما بنقل حق عينى أو يعمل أو بالامتناع عن عمل[4] .

وهو يخضع لقانون العقد ، فهو الذى يبين شروطه كالوجود والامكان والتعيين والقابلية للتعيين والقابلية للتعامل فيه .

ويـــذهب رأى فى الفقـــه إلى إسناد العقد الذى يكون محله مالاً فيقرر

---

[1] السنهورى – الوسيط – المجلد الأول – رقم ١٤٣ ص ٢٦٤ ، ٢٨٧ ومابعدها.

[2] Pillet جـــ ١ ص ١٧٥ ، لأشقفهى جـــ ٢ فقرة ٥٢٧ ، د. حامد زكى المرجع السابق ص ٣٣٥ .

[3] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ٤٧١ ، ٤٧٢ ، د. هشام صادق المرجع السابق ص ٦٧٠ .

[4] السنهورى – الوسيط – المجلد الأول بند ٢١٣ ص ٣٧٥ .

إخضـــاعه لقانون موقع المال ، وكذلك إسناد العقود التى يكون محلها عملاً فيخضع لقانون محل التنفيذ[1] .

كـــذلك يتأثر المحل بالنظام العام فى بلد القاضى فيخضع للقواعد الآمرة فى قانون القاضي[2] .

ثالثًا : السبب la cause

هو الغاية المشروعة من التعاقد [3]

وهـــو يخضـــع من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد ، إلا أنه إذا كان السـبب مشـروعًا وفقًـا لقانون العقد وغير مشروع وفقا لقانون القاضى طبق القاضى قانونه[4] .

---

[1] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٧٢ .

[2] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ص ٤٧٣ .

[3] السنهورى – الوسيط – المجلد الأول بند ٦٨ ص ١٧٠ ، ص ٤١ ومابعدها .

[4] د. حامد زكى – المرجع السابق ص ٣٢٥ ، د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ص ٤٧٤ ، د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٧٢ ، أحمد عبد الكريم – المرجع السابق ص ٢٣٢-.

المبحث الثانى

القانون حب التطبيق على تكوين عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية لاهاى

أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود التراضى وصحته وفقا لاتفاقية لاهاى .

نصت م١٠/١ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أنه : " المسائل المتعلقة بوجود وصحة موضوع التراضى تخضع للقانون المختار فى تحديد القانون الواجب التطبيق ، ما دام هذا الاختيار وفقا لشروط المادة ٧ من الاتفاقية .

وإذا لم يكن هذا الاختيار صحيحًا وفقا لذلك القانون ، فإن القانون الواجب التطبيق يخضع لحكم المادة ٨ من الاتفاقية "

لم يرد مقابل لذلك النص فى اتفاقية روما ١٩٨٠ وهذا النص هو ترديد ونقل حكم القانون الواجب التطبيق فى حالتين : اتفاق أو اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى أو فى حالة غياب اتفاق المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم .

وقد تناولت المادة ١/٧ من الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع للبضائع للقانون الذى اختاره المتعاقدان ، وأن اتفاق الأطراف على هذا الاختيار يجب أن يكون صريحًا أو يستنتج بوضوح من نصوص العقد وسلوك الأطراف المتبادل بينهم . ونصت المادة ١/١٠ على خضوع المسائل المتعلقة بوجود وصحة التراضى للقانون المختار وفقا لحكم المادة ١/٧ من الاتفاقية وأن يكون هذا الاختيار بناء على تعبير صريح أو ضمنى وفقا لمفهوم المادة ١/٧ وإلا كان هذا الاختيار غير صحيح .

والفرض الثانى هو لم يختر المتعاقدان القانون الواجب على المسائل المتعلقة

بوجـــود وصحة التراضى فى عقدهم على مقتضى نص م ٧ من الاتفاقية . فإن هذا الاختـــيار يكـــون غير صحيح وعليه فإن القانون الواجب التطبيق فى هذا الفرض علـــى وجود التراضى وصحته هو مانصت عليه المادة ٨ من الاتفاقية وهو كقاعدة عامة قانون محل عمل البائع أو محل إقامته وقت إبرام العقد م ٨/١ .

وهـــو قانـــون محل المشترى أو محل إقامته وقت إبرام العقد فى أحد حالات ثلاث استثنائية نصت عليها م ٨/٢ وهى :

أ) إذا جـــرت المفاوضـــات وقت إبرام عقد البيع بواسطة المتعاقدين فى هذه الدولة . أو

ب) إذا نـــص عقد البيع صراحة أنه يتعين على البائع تنفيذ التزامه بتسليم هذه البضائع فى هذه الدولة . أو

ج) إذا أبـــرم عقد البيع وفقا لشروط حددها المشترى بصفة رئيسية وبناء على دعوة وجهها إلى أشخاص عديدين بغرض المنافسة .

وقاعـــدة التـــنازع الثالثة فى حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم وجود وصحة اتفاقهم لعقد البيع هو القانون المناسب هى الحالة التى نصت عليها المادة ٨ /٣ بأنه على سبيل الاستثناء إذا كان البيع بسبب ظروف معينة مثل وجود علاقات أعمال بين الأطراف ، يتضمن روابط أكثر وثوقا بصورة واضحة مع قانون خلاف القانـــون الـــواجب التطبيق على العقد وفقا للبند (١) أو (٢) من نفس العقد فإن العقد يكون خاضعًا للقانون الأول .

نخلـــص ممـــا سبق أن المادة ١/١٠ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ حسمت المسائل الخلافـــية فى تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود التراضى وصحته بتوحيد قـــواعد التـــنازع فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى أو فيما يتعلق بوجود وصحة التراضى المتعلقة بنفس العقد.

فقاعـــدة التـــنازع الأصلية فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الـــدولى حال اتفاق الأطراف المتعاقدين والتى نصت عليها المادة ١/٧ من الاتفاقية أشارت وأحالت إليها المادة ١/١٠ من الاتفاقية فيما يتعلق بوجود وصحة التراضى لعقد البيع وهى قاعدة قانون الإرادة أو القانون المختار .

وقـــواعد التنازع فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى فى حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى والـــتى نصت عليها المادة ٨ من الاتفاقية أحالت وأشارت إليها عجز المادة ١/١٠ فيما يتعلق بوجود وصحة التراضى لعقد البيع.

وهذه القواعد ثلاث هى : قاعدة قانون محل عمل البائع أو محل إقامته العادية وقاعـــدة محـــل عمل المشترى أو محل إقامته العادية و قاعدة القانون المناسب على النحو السابق بيانه [1] .

وجدير بالإشارة إلى أن هذه القواعد التى أشارت إليها المادة ١/١٠ من اتفاقية لاهاى تحكم عيوب الإرادة وكل ما يتعلق بصحة الإرادة ووجودها .

ثانـــيًا : نطاق القانون الواجب التطبيق على التراضى وصحته وفقا لاتفاقية لاهاى :

نصـــت المادة ٢/١٠ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ وهى تقابل المادة ١/٨ مـــن اتفاقية روما على أن وجود وصحة موضوع عقد البيع أو أى نص من العقد يخضع للقانون الواجب التطبيق وفقًا لأحكام هذه الاتفاقية ما دام هذا العقد أو النص صحيحًا .

وفقًـــا لذلك النص لاتوجد قاعدة إسناد خاصة بالنسبة لشروط صحة

---

[1] راجع ماسبق ص ٨٤ .

العقـــد ولكـــنه قانون العقد والمحدد فى المواد من ٧-١١ من اتفاقية لاهاى والـــتى تقابـــل المواد من ٣-٦ فى اتفاقية روما هو الذى سيكون واجب التطبيق وذلك القانون هو الذى سيقضى ببطلان العقد عند توافر مقتضيات البطلان [١]

ويلاحـــظ أن نص المادة ١٠ من اتفاقية لاهاى حددت نطاق القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالتراضى وصحة العقد من ناحيتين :

أولاً : أن حكـــم المادة (١٠ فقرة ٢٢١ من اتفاقية لاهاي) يطبق ليس فقـــط على العقد الأصلى بين المتعاقدين ، ولكن يمتد إلى الشروط العامة فى العقد التى تكون قد صدرت من أحد المتعاقدين وتسرى على اتفاق اختيار القانـــون الـــواجب التطبيق على العقد وفقا لحكم م ٨من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ .

ثانيـــًا : أن حكم المادة ١٠ من اتفاقية لاهاى يطبق على كل شروط صحة العقد ما لم تكن هذه الشروط محلا لقاعدة خاصة . وعلى ذلك يطبق حكـــم المادة ١٠ من اتفاقية لاهاى على التراضى وعيوب التراضي والغبن وعنصرى المحل والسبب فى العقد .

ونصت المادة ١٠/٣ من اتفاقية لاهاى على قاعدة تنازع خاصة بالنسبة للتراضى ، وذلك بأنه فى حالة عدم وجود إتفاق على اختيار قانون العقد ، العقد كله أو نص فيه ، فإنه يجوز لأى متعاقد أن يتمسك بإسناد العقد إلى قانـــون الدولـــة التى بها محل أعماله ، إلا إذا تبين من الظروف وعلى نحو

---

[1] Paul LAGARDE المرجع السابق ص ٢٣٣٦

W.HEUZE المرجع السابق بند ٣٣٧ ص ١١٣٣٩

p. COURBE ,, note souc ciw ler ,, 25 oct. 1989 Rew,, cr,, dr. int. pr. 1990 ,, 732.

معقـــول إتجـــاه سلوك ذلك المتعاقد نحو القانون المنصوص عليه فى الفقرات السابقة من نفس المادة .

والمادة ١٠/٣ محل تطبيقها فى فرض سكوت أحد المتعاقدين بخصوص إيجـــاب فى عقـــد أو فيما يتعلق بشرط أو أكثر من ذلك العقد مثال ذلك الشروط العامة الملحقة أو اللاحقة التى يضمنها متعاقد لمتعاقد آخر فى خطابه له بقبول التعاقد .

ونـــص المادة ١٠/٣ يعنى أنه على القاضى أن يبحث مدلول سكوت ذلـــك المتعاقد للقانون المفترض تطبيقه على العقد la loi putative du contrat م ١٠/٢ من الاتفاقية .

وإذا كان العقد أو شروطه العامة لم يتم إنشاؤه وفقا لذلك العقد فإنه على القاضى بعد اطلاعه على الظروف ، وخاصة غياب أو وجود علاقات عمل سابقة بين المتعاقدين ، فللقاضى أن يقرر إسناد ذلك العقد أو شروطه إلى قانون محل الأعمال أو الإقامة العادية لذلك المتعاقد ويعتبر قاعدة الإسناد التى نصت عليها المادة ١٠/٣ من اتفاقية لاهاى تقنينا لأحكام قضاء ألمانية[1] طبقـــتها المحاكم الألمانية فى منازعات بين أشخاص فرنسيين وألمان فالقانون المدنى الألمانى يقرر عند سكوت أحد المتعاقدين خاصة بعد استلامه خطاب تأكيد بقبول التعاقد ومصحوبًا بالشروط عامة أو بعض التحفظات باعتباره قبولاً مادام لم يعترض فى حينه .

---

[1] MARTINY , in MUNCHENER Kommentar , t-. 7 , 2 e ed-. 1990 note 48 p.150-.

ثالثًا : البطلان

بطـــلان العقد هو الجزاء القانونى على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها [1]

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن الجزاء المترتب على تخلف شروط تكوين العقد لايخضع في الحقيقة إلا للقانون الذي ينظم الحالات التي يحصل الادعاء بمخالفتها بمعنى القانون الذي يحكم العقد .

أمـــا الآثار التي تترتب على تقرير البطلان من الالتزام بالرد أو الالتزام بالـــتعويض فلا تخضع لقانون العقد لأنها التزامات غير تعاقدية لأنه لا يمكن القول بوجود العقد بعد أن قضي ببطلانه [2]

وقـــد نصت المادة ١٢ فقرة H من اتفاقية لاهاي على خضوع آثار إلغاء عقد البيع الدولي وبطلانه للقانون الواجب التطبيق وفقا للمواد ٧، ٨، أو من الاتفاقية ٩ أي القانون العقد

رابعًا : تفسير العقد Interpretation du contrat

غايــة التفسير هي تحديد آثار العقد بين المتعاقدين أو بتعبير آخر غاية التفســـير هي غاية المتعاقدين . فالمتعاقد في مرحلة تكوين العقد وصحته لا يقصد التعاقد لذاته ولكن غايته إحداث آثار العقد بين المتعاقدين ومن هنا تتضح الأهمية الكبيرة لتفسير العقد .

ولا يلتـــزم المتعاقدون إلا بما ورد في العقد ، فالعقد شريعة المتعاقدين وقد يرى القاضي أن العقد في حاجة إلى تفسير ، وتنص التشريعات الوطنية على قواعد هذا التفسير مثال ذلك ماتنص عليه المادة ١٥٠ من التقنين المدني:

---

[1] السنهوري – الوسيط – المجلد الاول – رقم ٢٩٨/٢ ص ٤٨٦ .

[2] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص٤٧٨ ، د. هشام صادق ٦٧٣/٢ ، د. أحمد عبد الكريم – المرجع السابق ص ٢٠٥-٢٠٦.

١) إذا كانــت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

٢) أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

وتــنص المادة ١/١٥١ مدنى على أنه " يفسر الشك فى مصلحة المدين وتخــتلف التشــريعات الوطنية فى قواعد تفسير العقد فالمادة ١١٥٦ من التقــنين الفرنســى [١] تنص على أنه فى تفسير العقود العبرة بالنية المشتركة للأطراف المتعاقدة دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ .

" on doit dans les conventions rechercher quelle a ete la commune intention des parties contractcelles, plutot que de s`arreter au sens litteral des termes "

وتأتى مرحلة بحث تفسير العقد بعد مرحلة البحث فى انعقاده والبحث فى صــحته إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحًا حتى يكون قابلاً للتنفيذ [٢]

ونظرًا لاختلاف قواعد التفسير فى التشريعات الوطنية تبدو أهمية القانون الــواجب التطبــيق على التفسير لاختلاف الحل وفقا لنصوص التفسير التى يلجأ إليها القاضى والتى تختلف فى التشريعات المقارنة وبالتالى يختلف الحل باختلاف تحديد القانون الواجب التطبيق على التفسير-.

---

[1] Dalloz code civil 103 edition , anne 2004-.

[2] السنهورى – الوسيط – المجلد الأول – رقم ٣٨٧ ص ٥٩٣

وتـــنص المادة ١١٥٦ من القانون المدنى الفرنسى أنه من حيث تفسير العقـــد فإن العبرة بنية الطرفين فإن كانت الألفاظ المستعملة فى العقد بلغة أجنبية وجب تفسيرها وفقا للمعنى الاصطلاحى والقانونى المقرر لها فى تلك اللغة ، وذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلط [1]

ويميـــز الفقه بين تفسير العقد باعتباره مسألة قانونية[2] فهو يخضع لقانون العقـــد بمعـــنى خضوع قواعد التفسير لهذا القانون ووفقا لذلك القانون يتم تحديد موضوع العقد ونطاقه أى بيان مايولده من حقوق والتزامات وعلى هـــذا الـــنحو تخضـــع المسئولية الغقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لقانون العقد [3]-.

أمـــا تفســـير العقد باعتباره مسألة غير قانونية فهو لايخضع بالضرورة لقانـــون العقـــد ولكـــن يخضع للقانون المناسب ، مثال ذلك بيان مدلول المصـــطلحات الـــواردة فى العقد والمستعملة فى محل إبرام العقد أو فى محل تنفيذه فالأنسب الرجوع لقواعد التفسير لها فى قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، كذلك كتابة العقد بلغة دولة غير الدولة التى اختار الأطراف قانونها لحكم العقد فإنه يعنى الرجوع لقانون الدولة التى كتب العقد بلغتها للتعرف على مدلولات المصطلحات القانونية الواردة بالعقد [4]

اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ : وقد نصت المادة ١٢ فقرة أ من اتفاقية لاهاى على خضوع تفسير عقد البيع الدولى للبضائع للقانون الواجب التطبيق وفقا للمواد ٧ ، ٨ أو ٩ أى خضوع التفسير لقانون العقد-.

---

[1] د. حامد ركى المرجع السابق ص ٣٢٦-.

[2] Batiffol طبعة ٤ سنة ٩٦٧ فقرة ٦٠٤ و Dicev طبعة ٨ سنة ١٩٦٧ فقرة ٧٦٧.

[3] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٧٦-.

[4] د-. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ، ص ٤٧٥-.

المبحث الثالث
القانون الواجب التطبيق على
إنقضاء عقد البيع الدولى للبضائع

ينقضـــى عقـــد البيع بأحد طرق ثلاث : الطريقة الأولى هى الوفاء أو التنفيذ .

وقد نصت على ذلك المادة ١٢ من الاتفاقية .

والطـــريقة الثانـــية هى إنقضاء العقد بما يعادل الوفاء ولها فى التشريع المصـــرى أربع صور هى الوفاء بمقابل (م ٣٥٠ ، ٣٥١ مدنى) ، التجديد والإنابة (المواد ٣٥٢ – ٣٦١ مدنى) ، المقاصة (المواد ٣٦٢ – ٣٦٩ مدنى) ، إتحـــاد الذمـــة (المادة ٣٧٠ مدنى) وقد نصت اتفاقية لاهاى على صورة واحدة وهى المقاصة وذلك فى المادة ١٣ فقرة g .

والطـــريقة الثالـــثة هى انقضاء العقد دون الوفاء به ولها فى التشريع المصـــرى ثلاث صور هى الإبرآء (المادة ٣٧١ ، ٣٧٢ مدنى) ، استحالة التنفـــيذ (المـــادة ٣٧٣ مدنى) ، والتقادم المسقط (المواد ٣٧٤ – ٣٧٨ مدنى).

وقد نصت اتفاقية لاهاى على صورتين هما التقادم المسقط والسقوط .

وستقتصـــر دراستنا على القانون الواجب التطبيق على حالات انقضاء عقد البيع الدولى للبضائع الواردة فى اتفاقية لاهاى باعتبارها حالات وردت على سبيل المثال .

أولاً : تنفيذ عقد البيع الدولى للبضائع :

يميـــز اتجاه فى الفقه الإنجليزى والفرنسى بين الالتزام (obligation)، وتنفـــيذه **modalites** [1]فيخضع الالتزام لقانون العقد ، قانون الإرادة ، أما تنفيذه أو بعبارة أخرى طرق التنفيذ وكيفيته method and manner فتخضع لقانون محل التنفيذ وقد نصت على ذلك الكثير من التشريعات الوطنية مـــثال المادة ١٢٥ من القانون الدولى الخاص السويسرى لعام ١٩٨٧ ، المادة ١٠/١٠ مـــن القانـــون الـــدولى الخاص الأسبانى لعام ١٩٧٤ وأيضا التشريع المصرى نصت م ١٩ على خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة .

وأساس هذا التميز هو أن طرق التنفيذ تدخل فى نظام الإشكال فتخضع للقانون المحلى ، أو تخضع لهذا القانون على أساس الإرادة الضمنية كما أن القانون المحلى قد يفرض أحكامًا آمرة تنتمى إلى قواعد الأمن الداخلى وأيضا ارتباط التنفيذ بمباشرة أعمال التنفيذ[2] .

إلا أن هناك اتجاها آخر [3] فى الفقه الفرنسى يرى إخضاع التنفيذ لقانون العقد باعتـــبار ذلـــك نتيجة لرأيه فى وحدة العقد وإخضاعه لقانون العقد ، ومن نفس الاتجاه يرى رأى ثان [4] . أنه لا محل للفصل بين الالتزام وتنفيذه وأن كلاهما يخضع لقانـــون العقد حسب الأصل وإذا استحال خضوع التنفيذ لقانون العقد فإن ذلك بمثابة قوة قاهرة ويتعين تطبيق قواعد هذه القوة القاهرة فى قانون العقد .

---

[1] د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٧٦ ، أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ٢٣١ .

[2] Batiffo الطبعه ٤ سنة ١٩٦٧ فقرة ٦١٢ .

[3] pigeonniere –lerebours فقرة ٤٧٦ طبعة ٨ سنة ١٩٦٢ مشار إليه د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ص ٤٧٧ ، د. هشام صادق المرجع السابق ص ٦٧٨ .

[4] Quadri دروس بقسم الدكتوراه – حقوق القاهرة سنه ١٩٥٣ ص ١٣٠ – مشار إليه د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٧٧ ، د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٦٧٨ .

تناولت اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ مسألة تنظيم تنفيذ عقد البيع الدولى أو عدم تنفيذه من حيث القانون الواجب التطبيق فى الفقرتين ب و ف من المادة ١٢ من الاتفاقية.

فقـــد نصت م ١٢ فقرة ب على خضوع تنفيذ العقد للقانون الواجب التطبيق على عقد البيع وفقا للمواد ٧ ، ٨ أو ٩ من الاتفاقية وتنص م ١٢ فقـــرة F على خضوع الآثار المترتبة على عدم تنفيذ العقد للقانون الواجب التطبيق على عقد البيع وفق للمواد ٧، ٨ أو ٩.

مع استبعاد المسائل التى تدخل فى القانون الإجرائى للقاضى .

ووفقـــا لنص م ١٢ فقرة F من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ والتى تقابل الفقـــرة c من المادة العاشرة من اتفاقية روما « يخضع لقانون العقد الآثار المتـــرتبة علـــى عـــدم تنفـــيذ الإلتزامات التعـــاقدية وحالات نقـــص البضاعة».

ويـــدخل فى ذلك أسباب إعفاء المدين من المسئولية مثل القوة القاهرة والشروط الجزائية.

أما اتفاقية روما فقد نصت م ٢/١٠ على إجراءات التنفيذ والإجراءات الـــتى يقوم بها الدائن فى حالة وجود عيب فى التنفيذ وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذى يجرى فيها العقد.

و لم يـــرد فى اتفاقـــية رومـــا تعريفا لـــ : ما هى إجراءات التنفيذ ؟

ثانيًا : المقاصة La Compensation :

نصـــت م ١٢ فقـــرة g مـــن اتفاقية لاهاى على أن أسباب انقضاء الالتزامات التعاقدية تخضع للقانون الواجب التطبيق على العقد ونصت المادة على مثالين لذلك هما التقادم ، والتقادم المسقط للدعاوى.

" the various ways of extinguishing obligations as well as prescription and limitation of actions "

وهذه المادة تقابل نص المادة ١٠ فقرة د من اتفاقية روما.

وقـــد وضعت هذه المادة قاعدة عامة بخصوص أسباب انقضاء الالتزام لقانـــون العقـــد ويوجد خلافا فى الفقه[١] على استثناء بعض أسباب انقضاء الالتـــزام مـــن الخضوع لقانون العقد وأهمها المقاصة والتقادم ، وذلك ما سنعرض له :

وفى التشريعات المقارنة ينظر إلى المقاصة أنها أنواع ثلاث[٢] :

المقاصة القضائية : ويخضع انقضاء الالتزام بها وفقا لقانون القاضى الذى يطلب منه إجراؤها لتعلقها بسلطه القاضى فى حسم النزاع.

المقاصـــه القانونية[٣] وهى تتم فى الحالات التى ينظمها القانون ، فاذا كان الدينان يخضعان لقانون واحد فلا مشكلة فهى تخضع لذلك القانون أمـــا إذا اختلف القـــانونان اللذان يحكمان الدينان فقد اختلف الفقه فى تحديـــد القانون الواجب التطـــبيق ، فالراجح هو أن المقاصـــة لا تتم إلا وفقـــا لمنهج التطـــبيق الجامـــع بمعنى أن يقرها القانونان اللذان يحكمان الدين.

المقاصـــة الاتفاقـــية : هى عقد مستقل وتخضع بوصفها اتفاقا لقانون

---

[1] V. Martint , op-. cit (note 58) art 32 no 37. V.H GAUDEMET-. TALLON , op cit (not 70) no 148-.

[2] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق ص ٤٧٨ ، هشام صادق المرجع السابق ص ٦٧٩ أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ٢٣٩-.

[3] راجع Batiffol طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ فقرة ٦١٤ ، د-. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٧٨ ، د-. هشام صادق المرجع السابق ٦٨٠ – د-. أحمد عبد الكريم المرجع السابق ص ٢٣٩-.

الإرادة بصرف النظر عن القانون الذى يحكم كل من الدينين .

يســـرى على المقاصة إذا كان الدينين محل المقاصة متعلقا بنفس القانون ويـــرى أن النص لا يعرض لحكم المقاصة إذا كان الدينين يخضعا لقانونين مخـــتلفين وأن فرنســـا القاعـــدة فى هذه الحالة هو التطبيق الجامع لكل فى القانونين أما فى ألمانيا فالقضاء مستقر حتى الآن على خضوع المقاصة لقانون الدين محل المنازعة.

ثالثًا : التقادم المسقط :

وهو من أسباب انقضاء الالتزامات التعاقدية وهو من المسائل التى يتباين مفهومها فى النظم القانونية المختلفه حتى إن UNCITRAL أعد مشروع اتفاقـــية دولـــية تشتمل على قواعد موحدة فى هذا الموضوع وأقرها مؤتمر دبلوماسى انعقد فى عام ١٩٧٤ بمقر الأمم المتحده فى نيويورك[1] .

وقـــد نصـــت م ٢٣ فقرة ب من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على احترام أحكام هذه الاتفاقية ، وكذلك البروتوكول المعدل لها فى ١١ إبريل ١٩٨٠ بمدينه فيينا .

وتـــتفق جمـــيع التشريعات فى النص على مبدأ التقادم المسقط للالتزام فالدائن لا يستطيع مطالبة المدين بالالتزام بعد مدة معينة من استحقاقه بعد مدة اختلفت هذه التشريعات فى تحديدها.

إلا أن التشريعات الوطنية تختلف فى نظرتها لطبيعة هذا النظام ، أى فى

---

[1] أبرمت الاتفاقية فى ١٤ يونيه ١٩٧٤ باسم « اتفاقية بشأن مدة التقادم فى البيع الدولى للبضائع » .

Convention on the limitation period in the international sale of goods

الا انه لم ينضم إليها إلا عدد قليل من الدول والتى ليس لها وزن فى مجال التجارة الدولية ونظر د-. محسن شفيق المرجع السابق ص ٢٤ ، ٢٥-.

تكييفه ، وبالتالى فى القانون الذى يحكمه عندما تتنازع القوانين على حكمه[1] ففى القانون الإنجلوسكسونى يعتبر التقادم من مسائل الإجراءات التى يجب أن تخضع دائما لقانون القاضى lex Fori ولهذا تقرر المحاكم الإنجليزية أن الشخص الذى يرفع دعواه فى هذا البلد يجب أن ينقل القانون كما يجده هنا، ولا يستطيع استنادًا إلى تنظيم موجود فى بلده أن يتمتع بمزايا أكثر من تلك التى يتمتع بها سائر المتقاضيين هنا -.

ويقول Dicey[2] إن القانون هنا قد استقر على التفرقة بين مايتعلق بوسائل حماية الحقوق ، ويجب أن يخضع لقانون القاضى أى لقانون البلد الذى يرفع فيه الدعوى ، وبين مايتعلق بحقوق الطرفين ، وهذا يتحدد بقانون العقد أو بأى قانون اخر يخضع الطرفان حقوقهما له ، ولهذا كله فإن دعاوى الحقوق الشخصية يحكمها فى انجلترا من حيث التقادم القانون الإنجليزى ، أيا كان القانون الذى يحكم موضوع الاتفاق أو الالتزام.

أما الراجح فقها[3] وقضاء[4] فى فرنسا وباقى الدول الأوربية هو النظر إلى التقادم باعتباره متعلقًا بالحق نفسه قبل أن يكون متعلقًا بالدعوى ، وهو بهذه المثابة من طرق انقضاء الالتزام ومن ثم فهم يطبقون على التقادم القانون الذى يحكم الالتزام - أى تطبيق قانون العقد على التقادم.

وقد قننت العديد من التشريعات الأوربية هذا الاتجاه - مثال ذلك المادة

---

[1] د ، عبد المنعم البدراوى ، أصول القانون المدنى المقارن - الطبعة الثانية ، ص ١٠٩

[2] Dicey , A digest of the law with reference to the conflict of laws 2 ed-. 1908 , p.709-.

[3] Rev. cri -. dr-. int-. prive , 1960 , p 202

[4] د-. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٧٨ ، د-. هشام صادق - المرجع السابق ٦٨١ ، د-. أحمد عبد الكريم - المرجع- -السابق ص ٢٤٢-.

٤/٣٢ مـــن القانون المدنى الألمانى لعام ١٩٨٦ ، المادة ١/١٤٨ من القانون الدولى الخاص السويسرى.

وإزاء هذا الخلاف[1] فإن اتفاقية روما ١٩٨٠ واتفاقية لاهاى ١٩٨٦ أخذت موقفًا منحازًا للاتجاه الثانى ونصت على خضوع التقادم لقانون العقد.

---

[1] لوسران – المرجع السابق ص ٢٩٤ .

الفصل الثانى
الشكل والأهلية
فى عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦

مبحث أول
القانون الواجب التطبيق على الشكل
فى عقد البيع الدولي

يثور السؤال عن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى من حيث الشكل اللازم لصحة إبرامه أو اللازم لإثباته وقد نصت المادة ١١ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على قاعدة إسناد خاصة بالنسبة لشكل العقد وهذه المسألة كانت مستبعدة صراحة وفقا لنص المادة ٥ من اتفاقية لاهاى١٩٥٥.

نشير إلى أن فى ظل نظرية الأحوال لم يكن هناك تمييز بين شكل ومحل العقد أو التصرف القانونى فكان كلاهما يخضع لقانون محل إبرام العقد[١].

إلا أنه فى بداية القرن السادس عشر ظهر وساد مبدأ سلطان الإرادة ليحكم العقد من حيث موضوعه واستقرت فى فقه القانون الدولى الخاص قاعدة المحل يحكم التصرف regit actum Locus أو بتعبير آخر قاعدة

---

[1] Yvon loussouarn et Pierre Bourel, Droit international prive,7.e edition no 86 et 362-.

د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص الجزء الثانى – تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدوليين الطبعة ٩ عام ١٩٨٦ بند ١٣٦ ص ٤٨٤ .

د. أحمد عبد الكريم – قانون العقد الدولى – الطبعة الأولى – بند ١٦٤ – ص ٢٤٥ .

الرجوع إلى مبادئ القانون الدولى الخاص فيما لم يرد بشأنه اتفاق أو نص.

فى اتفاقـــية روما ١٩٨٠ نصت المادة (١١) " بالنسبة للعقد المبرم بين أشخاص متواجدين فى نفس البلد، فإن الشخص الطبيعى كامل الأهلية وفقا لقانون ذلك البلد لا يمكنه أن يتمسك بعدم أهليته وفقا لقانون بلد آخر إلا إذا كـــان المتعاقد الآخر معه كان يعلم وقت إبرام العقد أنه ناقص الأهلية ، أو أن جهله بذلك يرجع إلى عدم حذره أو احتياطه ».

وهذا النص ترد عليه ملاحظات ثلاثة :

الأولى : أنـــه لم يشير إلى قاعدة إسناد تتعلق بالأهلية ، وذلك يعنى أن مسأله الأهلية استبعدتها اتفاقية روما من تنظيمها.

الثانـــية : أن ذلك النص هو قاعدة خاصة لحماية المتعاقد مع شخص ناقص الأهلية ، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه[1].

الثالـــثة : أن هـــذا الـــنص هـــو تقنين للقضاء الفرنسى فى القضية الشـــهيرة[2] LZARDI والـــذى رفض الاعتراف لناقصى الأهلية الأجانب الذين تعاقدوا فى فرنسا مع فرنسيين الاستفاده من حكم قانونهم الشخصى الأجنبى الذى يقرر بعدم أهليتهم وقت التعاقد.

وتخلـــص واقعـــة المدعو Lizardi ، وهو شاب مكسيكى فى الثالثة والعشـــرين من عمره ، أنه اشترى وهو فى باريس من تاجر فرنسى بعض

---

[1] راجع فى هذا الموضوع :

Paul LAGARD المرجع السابق بند٥١ ص ٢٣٧

[2] V. Jobard – Bachellier, L`apparence en droit international prive, Paris, 1948, p.111 ets., Ancel et lequette, obs-. sous L`arret lizardi, in les Grands Arrets de la Juris prudence Francaise de dr. int-., pr., p 36 ets-.

المجوهرات ووقع سداد لثمنها عدة سندات ، وعندما طولب قضاء بالوفاء بها دفـــع ببطلانها لنقص أهليته عند توقيعه عليها بسبب عدم بلوغه سن الرشد حســـب القانون المكسيكى. وهو خمسة وعشرون عامًا وعند عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية قضت بصحة هذه السندات لأنه ليس مفروضًا علـــى الفرنسى معرفة مختلف القوانين الأجنبية فى أحكامها الخاصة بالقصر والـــبلوغ ، ولأنه يكفى أن يكون العاقد الفرنسى قد تعاقد مع الأجنبى بغير خفة وبغير رعونة وبحسن نية[1،2].

وقـــد أرسى هذا الحكم مبدأ هو أن الجهل بالقانون الأجنبى فى مسألة الأهلـــية يعتـــبر عـــذرا قانونـــيًّا ignorance excusable de la loi etrangere إلا أن موضـــوع ذلـــك العذر مسألة واقع وهى درجه انتباه العاقد وتيقظه ونوع التصرف ولأنها مسألة واقع فهى تخضع لتقدير القاضى حالة بحالة.

وقـــد قنـــنت بعض التشريعات الوطنية مثل ألمانيا وإيطاليا التى تأخذ بقاعـــدة خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته هذا المبدأ الذى قضت به محكمة النقض الفرنسية[3].

وفى التشريع المصرى نصت المادة ١١ من التقنين المدنى على قاعدة خضوع أهلـــية الشخص لقانون جنسيته: « أهلية الأشخاص يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم » . وهـــو نفس المبـــدأ الذى تنص عليه المادة ٢/٣ مـــن التقـــنين المدنى الفرنسى والتى تقضى بأن الأشخاص الفرنسيين يخضعون

---

1 Req-. 16 Janv -. 1861 , D.P., 1861.1. 193, S. 1861-.1. 305 , Grands arret , no 3-.

2 د. عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٢٣٢-.

3

محل التصرف.

بالنســـبة للعقد الذى يبرم بين أشخاص مقيمين فى بلد واحد نصت م ١/١١ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أن :

« عقـــد البيع الذى يبرم بين أشخاص موجودين فى نفس الدولة يكون صـــحيحًا مـــن حـــيث الشكل ، إذا استوفى شروط القانون الذى يحكم الموضوع وفقا للاتفاقية أو لقانون بلد محل الإبرام » .

وبالنسبة للعقد الذى يبرم بين أشخـــاص مقيمين فى دول مختلفة نصت م٢/١١ من الاتفاقية على أنه :

« عقـــد البيع الذى يبرم بين أشخاص موجودين فى دول مختلفة يكون صحيحًا من حيث الشكل إذا استوفى شروط القانون الذى يحكم الموضوع وفقا للاتفاقية أو القانون أى من هذه الدول » .

أمـــا بالنســـبة للعقـــد الذى يبرم بواسطة وكيل أحد الطرفين فى أحد الفروض السابق إشارة المادة ١١ إليها وهى الفقرتين ١، ٢ فإن المادة ٣/١١ من الاتفاقية نصت على أن :

« إذا أبرم عقد البيع فى أحد الفروض المشار إليها فى الفقرتين السابقتين بواســـطة وكيل أحد الطرفين فإن العقد يكون صحيحًا من حيث الشكل وفقا للبلد الذى أجرى فيه الوكيل البيع » .

ويلاحـــظ أن المـــادة ١١ مـــن اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ بالنسبة للقانون الـــواجب التطبيق من حيث الشكل نقلت فى فقراتها من ١-٣ نفس حكم المادة ٩ من اتفاقية روما وأيضا فقراتها من ١-٣ وعلى ذلك يتطابق حكم اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ مع اتفاقية روما ١٩٨٠ فى تبنى قاعدتين فقط تخضع لهمـــا شكل التصرف هما القانون الذى يحكم موضوع العقد أو قانون محل

التصرف.

ويرى الأستاذ Paul LAGARD[1] أن اتفاقية روما استبعدت التدرج بين هذين القانونين وأنها تبنت قاعدة تنازع اختيارية alternative بصفة **كاملـــة، بحيث يكفى أن يتم العقد وفقا** للشكل المقرر فى أى من القانونين **التى تحددها قاعدة التنازع** الخاصة بالشكل دون أى أفضلية أو أولوية.

كمـــا يلاحـــظ خلو اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ من نص خاص أو استثناء بالنســبه للقانــون الــواجب التطبيق على عقود المستهلكين contrats conclus par les consommateurs وهـــى التى نظمتها المادة ٥ من اتفاقية روما ١٩٨٠.

ونصـــت المادة ٩/٥ من اتفاقية روما على إفراد قاعدة إسناد خاصة لها مـــن حـــيث القانـــون الذى يحكم شكلها وهو قانون البلد الذى يقيم فيه المستهلك والحكمه من ذلك حماية المستهلكين باعتبارهم الطرف الأضعف فى العلاقة التعاقدية[2].

ونرى أن ذلك قصور كان على واضعى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ تدراكه لتوافر نفس الحكمة.

ثم تنص المادة ١١/٥ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على أن :

« لا يخضـــع صـــحة شكل عقد البيع لنصوص الاتفاقية إذا كان أحد أطراف العقد يقع محله عند إبرام العقد فى دولة تحفظت وفقًا لنص المادة ٢١ /١ بند ج ذلك أن هذا النص يسمح للدول التى تحفظت بموجبه بعدم تطبيق نصوص الاتفاقية فيما يتعلق بصحة شكل العقد إذا كان تشريع هذه الدول

[1] راجع paul LAGARD المرجع السابق ص ٣٣٠

[2] راجع paul LAGARD المرجع السابق ص ٣٣١

يقضى بأن عقود البيع يجب أن تكون مكتوبة وأن يكون أحد أطراف عقد البيع عند إبرام عقد البيع له محل على إقليم هذه الدولة » .

وقـــد تبنى نص المادة ١١/٥ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٥ نص المادة ١٢، ٩٦ مـــن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ بشأن تقنين التحفظ الوارد على إطلاق حرية المتعاقدين فى إخضاع عقدهم من كل قيد.

وفى التشريع المصرى تنص المادة ٢٠ من القانون المدنى أن « العقود ما بـــين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضـــع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أيضا أن تخضع لقانون موطن المتعاقد أو قانونهما الوطنى المشترك » .

وظاهـــر النص يؤكد : أولاً : أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصـــرف لقانـــون محل إبرامه . ثانيًا : أن المشرع أجاز للمتعاقدين إبرام التصـــرف فى الشكل الذى يقضى به أحد القوانين الأربع المنصوص عليها بالمـــادة ٢٠ على نحو اختيارى وبذلك تعتبر قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه فى التشريع المصرى ذات طبيعة اختيارية[1] .

---

[1] راجع د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى فى تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدوليين – الطبعة ٩ سنة ١٩٨٦ ص ٤٨٩ بند ١٣٧.

المبحث الثانى
القانون الواجب التطبيق على الأهلية
فى عقد البيع الدولى

الأهلـــية La capacité هـــى قـــدرة الشخص على التمتع بالحقوق والتصـــرف فـــيها والتحمل بالالتزامات وهى ما يطلق عليها أهلية الأداء. capacité d`exercice,capacité de disposer

أمـــا صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات والتى تثبت للشـــخص بمجرد ميلاده تعتبر أحد مظاهر الشخصية القانونية وهى مايطلق عليها بأهلية الوجوب La capacite de jouissance

وأمـــا موانع التصرف مثل غل يد المفلس عن التصرف رعاية لمصلحة الدائنين ، ومنع عمال القضاء من أن يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الحق المتـــنازع علـــيه (م ٤٧١-٤٧٩ مدنى مصرى) وهى ما يطلق عليها عدم الأهلية الخاصة incapacités speciales فإن هاتين الحالتين وهى أهلية الوجـــوب ، وعدم الأهلية الخاصه خارج مضمون الفكرة المسندة فى نطاق الأهلية[1].

ولم يرد نص مادى أو تنازعى بشأن الأهلية فى اتفاقية فيينا ١٩٨٠، أو اتفاقـــية لاهـــاى ١٩٨٦ ، وعلى ذلك فإنه يتعين على القاضى أو المحكم

---

[1] راجع د. حامد زكي المرجع السابق بند ٢٣٧ ص ٢٦٢

د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين الطبعة التاسعة سنة ١٩٨٦ بند ٨١ ص ٢٢٢.

د. هشام صادق تنازع القوانين ، طبعة ١٩٧٤ بند ١٦٢ ص ٥٨٧

خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه[١].

كذلك استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية[٢]، قبل سريان اتفاقية روما ١٩٨٠ ، والتى أصبحت سارية فى فرنسا فى أول إبريل ١٩٩٣ فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات على قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ، ما لم تكن إرادة الأطراف قد اختارت خضوع شكل التصرف للقانون الذى يحكم موضوعه ، أو القانون الشخصى للمتعاقدين.

أولاً : الشكل فى اتفاقية فيينا :

نصت المادة ١١ من اتفاقية فيينا : « لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته بالكتابة أو بغيرها ، ولا يخضع لأى شروط شكلية ، ويجوز إثباته بكل الطرق بما فى ذلك الإثبات بالبينة » .

ونصت المادة ١/٢٩ من الاتفاقية: « يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين » .

ويمثل هذين النصين تقنينًا لاتجاه بعض الدول وأهداف الاتفاقية فى تحرير عقد البيع الدولى من كل قيد أو شكل يتعارض مع مرونة وانسياب التجارة الدولية وصار ذلك هو المبدأ فى الاتفاقية[٣].

إلا أن هذا الاتجاه لاقى معارضة شديدة من الدول التى تنص تشريعاتها الوطنية على اشتراط الكتابة لصحة البيع وإثباته فنصت الاتفاقية على تحفظ

---

[1] راجع فى ذلك الموضوع

[2] Paul LAGARD,le nouveau droit internationl prive des contrats apres l'entre en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 rev.crit., de Dr.int.pr.no2,1991 –P229-.

[3] راجع د-. محسن شفيق – المرجع السابق – بند ٦٨ و ٨٧ و ٨٨-.

أو قيد لسريان المبدأ السابق.

فنصـــت المادة ٩٦ من الاتفاقية: « لكل دولة متعاقدة يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو إثباتها كتابة أن تصدر فى أى وقت إعلانًا وفقًا للمادة ١٢ مفـــاده أن أى حكم من أحكام المادة ١١، أو ٢٩ أو الجزء الثانى من الاتفاقية يجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو إنهائه رضائيًا أو إصدار الايجاب أو القـــبول أو أى تعبير آخر عن النية ، بأى صورة غير الكتابة ، لا ينطبق علـــى الحالات التى يكون فيها مكان عمل أحد أطراف عقد البيع فى تلك الدولة » .

ونصـــت المادة ١٢ من الاتفاقية وهى المادة اللاحقة مباشرة لمبدأ تحرير شكل عقد البيع من كل قيد: « جميع أحكام المادة ١١ والمادة ٢٩ أو الجزء الثانى من هذه الاتفاقية التى تسمح باتخاذ أى شكل غير الكتابة لأجل انعقاد عقـــد البـــيع أو تعديله أو فسخه رضائيًا أو لوقوع الايجاب أو القبول أو الإعـــلان عـــن قصد أحد الطرفين لا تنطبق عندما يكون مكان عمل أحد الطـــرفين فى أحد الدول المتعاقدة المنضمة لهذه الاتفاقية التى أعلنت تحفظها بموجب المادة ٩٦ من هذه الاتفاقية ، ولا يجوز للطرفين مخالفة هذه المادة أو تعديل آثارها » .

وهذا النص والذى يعتبر القاعدة الآمرة الوحيدة فى اتفاقية لاتشمل نصًا إلـــزاميًا سواها يجعلنا نتردد فى إطلاق وصف المبدأ على حرية المتعاقدين فى إبرام عقد البيع دون خضوع شكله لأى قيد.

ثانيًا : الشكل فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ :

نصـــت المادة ١١ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على قاعدتين فقط يخضع لهما شكل عقد البيع الدولى هما القانون الذى يحكم موضوع العقد أو قانون

لقوانين الحالة والأهلية حتى ولو كانوا مقيمين فى بلد أجنبى .

:" Les lois concernant l` etat et la capacite des personnes regissent les francais, meme residant en pays etrangers "[1].

وأيضـــا قنـــنت المـــادة ١١ مدنى مصرى المبدأ الذى قضى به القضاء الفرنســـى فى قضية Lizardi باعتباره استثناء ، ووضعت شروطًا لتطبيقه فنصـــت: « ومـــع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًّا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يـــرجع إلى ســـبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » .

ويـــثير حكـــم الإسناد الوارد فى المادة ١١ من التقنين المدنى مسألتين تتعلقان بنطاق تطبيقه .

وفى تفنيد هاتين المسألتين انتهى الدكتور عز الدين عبد الله[٢] فى المسألة الأولى أن حكـــم المادة ١١ يمتد لصالح العاقد الوطنى والأجنبى دون تمييز ، وفى المسأله الثانية انتهى إلى أن نص المادة ١١ مطلق لا يشترط فيه غير كونه من التصرفات المالية .

وفى أمـــريكا فإن القاعدة الغالبة فقهًا وقضاءً فى جميع الولايات المتحدة الأمريكية « عدا ولاية لويزيانا » هى خضوع الأهلية لقانون محل العقد مع وجود رأى يقضى بإخضاعها للقانون الذى يحكم العقد.

وفى إنجلترا فإن الرأى الغالب هو إخضاع الأهلية لقانون الموطن .

---

[1] Code civil ,103 e edition 2004 , Dalloz p.11-.

[2]راجع د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص

وإزاء هذا الخلاف البين فى النظم القانونية المقارنة حول القانون الواجب التطبيق على الأهلية فقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية فى هذا المجال، تبنت قواعد إسناد راعت فيه حماية ناقصى الأهلية ومن هذه الاتفاقيات :

اتفاقـــية لاهـــاى فى ٥ أكتوبـــر ١٩٦١[1] بشأن القصَّر ناقصى الأهلية، وأصبحت هذه الاتفاقية سارية فى فرنسا من ١٠ نوفمبر ١٩٧٢ ونصت على قاعدة إسناد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن أهلية القصَّر هو قانون الإقامة العادية للقاصر فى أحد الدول الأطراف فى الاتفاقية (م١٣ من الاتفاقية).

اتفاقـــية لاهاى فى ١٩ أكتوبر ١٩٩٦[2] بشأن الأطفال حتى ١٨ سنة ونصت على قاعدة إسناد بشأن أهلية الأطفال وهو محل إقامتهم العادية فى أحـــد الدول المتعاقدة فى الاتفاقية أو حتى دولة غير متعاقدة. وقد وضعت هـــذه الاتفاقـــية لتحل محل اتفاقية لاهاى ١٩٦١ السابق الإشارة إليها و لم تدخل هذه الاتفاقية بعد حيز النفاذ[3].

اتفاقية لاهاى ١٣ يناير ٢٠٠٠ لناقصى الأهلية البالغين Incapables majeurs[4].

ونصت أيضا على قاعدة إسناد مماثلة لقاعدة إسناد القصَّر فنصت على قاعدة إسناد وهى محل إقامة ناقصى الأهلية البالغين هو محل إقامتهم العادية فى أحد الدول الأعضاء بالاتفاقية مع تفصيلات أخرى نحيل فيها إلى نصوص الاتفاقية.

---

[1] راجع فى هذه الاتفاقية ص ٣٤٦ .

[2] V. le texte R.C.D.I.P-.1996. 813-.

[3] V. LAGARD, R..C.D.I.P. 1997.217, MOORA RAMOS, Melanges Mouly.1.353-.

[4] V. LAGARD,. R..C.D.I.P.2000. 159 et texte RCDIP-.1999.877, Rev.suisse dr.int.et dr.europ.,, 2002-. 37.

الفصل الثالث

قوانين البوليس فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦

Les lois de police

قـــوانين البولـــيس هى قواعد مادية تتضمن قيودًا على حرية الأفراد فى إبـــرام العقود وتنفيذها، وتتميز عن غيرها من القواعد ذات التطبيق المباشر بقدرتها على جلب الاختصاص للنظام القانونى الذى تنتمى إليه وهى قواعد آمرة تضعها الدولة لتنفيذ سياستها فى التوجيه الاقتصادى، وهذه القواعد لها الأولوية فى التطبيق بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج التـــنازع والـــذى يقتصر إعماله على كافة جوانب العلاقة المتضمنة عنصرًا أجنبيًا عدا ما كان داخلًا فى مجال تطبيق قوانين البوليس[١].

وتطبـــيقًا لذلك فإن عقد البيع الدولى يخضع لقانون الإرادة وفقًا لمنهج التنازع، إلا أنه يرد على تطبيق قانون الإرادة قيد هام هو خضوع هذا العقد فى نفس الوقت لقوانين البوليس.

وإذا كـــان خضوع العقد الدولى لقوانين البوليس فى دولة القاضى من المســـائل المـــتفق علـــيها فقهًا وقضاءً ، فإن خضوع العقد الدولى لقوانين البوليس الأجنبية سواء كان مصدرها قانون العقد أو قانون دولة أخرى أثار جدلاً. وذلك ما سنعرض له ثم نعقب بموقف اتفاقية لاهاى .

أولاً : قوانين البوليس فى دولة القاضى:

مـــن المـــبادئ المســـتقرة فى الفقـــه والقضاء والتى نصت عليها بعض التشـــريعات الوطنـــية الحديثة مبدأ التزام القاضى بتطبيق قواعد البوليس فى

---

[١] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٧٧٠.

دولته حتى ولو لم يكن المشرع قد حدد نطاقها على نحو صريح[1].

مـــا دام قد استند إليها القاضى باعتبارها من قواعد البوليس فى دولته وأشـــار إلى مضمونها وهدفها والصلة التى تربط بين مضمون هذه القاعدة وأهدافها من ناحية ، ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى[2].

ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ فى فقه القانون الدولى الخاص ، هو عقود الـــتجارة الدولـــية وأولـــوية تطبيق قواعد البوليس على قانون العقد الذى اختارته إرادة المتعاقدين بمقتضى منهج التنازع.

ومـــن التشريعات الحديثة فى ذلك القانون الدولى الخاص الألمانى والذى نصـــت فى المـــادة ٣٤ « على أن إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإســـناد الـــتى قررها هذا القانون لا ينال مع ذلك من النصوص الآمرة فى القانـــون الألمـــانى التى تحكم المركز محل التراع ، بصرف النظر عن القانون الذى يحكم العقد ».

اتفاقية روما ١٩٨٠:

يتفق الفقه على أن قوانين البوليس تمثل قيد limite[3] أو remise en cause أو اســـتبعاد من نطاق قانون الإرادة، وقد ميزت اتفاقية روما بين النصـــوص الآمـــرة فى قانـــون القاضى والنصوص الآمرة فى قانون أجنبى، ورجحـــت عند التنازع قوانين بوليس دولة القاضى ، كما جعلت لقوانين البوليس الأولوية فى التطبيق على قانون القاضي.

واستخدمت الاتفاقية مصطلح loi de police عنوانا للمادة السابعة ثم

---

[1] د. هشام صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – سابق الإشارة ص ٩٠٥-.

[2] د. هشام صادق – المرجع السابق رقم ٥٦٢ ص ٨٨١-.

[3] Yvon loussouarn المرجع السابق ص ٤٦٤

عـــبرت عـــن هذا المصطلح فى فقرتها الأولى والثانية بمصطلح النصوص أو القواعد الآمرة regles ou dispositions imperatives ويرى جانب من الفقه أن اختيار هذه المصطلحات اختيار موفق[1].

وتـــنص م ٢/٧ مـــن اتفاقية روما ١٩٨٠ على أن : « نصوص هذه الاتفاقـــية لا تنال من تطبيق القواعد الداخلية الآمرة فى قانون القاضى والتى تحكـــم المركـــز محل النزاع بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد » .

ويلاحـــظ مـــن نص المادة المذكورة أنها تجعل الأولوية فى التطبيق على العقـــد الدولى لقوانين البوليس فى دولة القاضى ومن ناحية أخرى لا تدع للقاضى أى سلطة تقديرية فى الامتناع عن تطبيق قوانين البوليس فى قانونه.

ويرى جانب من الفقه[2] أن هذا النص له أثر سلبى فى نطاق تطبيق قانون الإرادة حيث يشجع الدول المتعاقدة إلى سن قواعد إسناد منفردة الجانب أو بتعبير آخر قواعد إسناد أحادية الجانب لقواعدها الآمرة مثال ذلك فى فرنسا المادة ١٠ من القانون رقم ٨٩-١٠٠٩ فى ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والذى نص على أنه : « النصوص التى تتعلق بالنظام العام تطبق بصرف النظر عن قانون العقد » .

" sont des dispositions d`ordre public et s`appliquent quelle que soit la loi regissant le contrat "

---

[1] Jacques Foyer , Entrée en vigueur de la Covention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles-. Journal du droit International annee 1991 no 87 p 629-.

[2] paul LAGARDE المرجع السابق بند ٤٧ ص ٣٢٤

اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ :

لم تستبعد نصوص الاتفاقية قوانين البوليس فى دولة القاضى .

فقد نصت المادة ١٧ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ : « لا تنال الاتفاقية من قانـــون القاضى التى يتعين عليه تطبيقها بصرف النظر عن القانون الواجب **التطبيق على العقد** ».

" la convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for qui s`imposent quelle que soit la loi applicable au contrat "

وهـــذا الـــنص يقابل نص م٢/٧ من اتفاقية روما وينقل نفس حكمه ويسرى عليه ما سبق أن أبديناه من رأى الفقه.

ثانيًا : قوانين البوليس الأجنبية :

نصـــت م ١/٧ من اتفاقية روما ١٩٨٠ على أنه: « عند تطبيق قانون دولـــة معينة بمقتضى هذه الاتفاقية ، فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة فى قانـــون دولـــة أخرى ترتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة ، وذلك فيما لو كانـــت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون الدولة التى تنتمى إليه بصـــرف النظر عن قانون العقد ، وللاعتراف بمدى الآثار التى ستمنح لهذه النصوص الآمرة فإنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار طبيعتها وموضوعها وكذلك الآثار المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها ».

ويلاحـــظ علـــى صياغة المادة ١/٧ روما أنها تتضمن قاعدة مركبة فى صياغة مركبة.

فمفتـــرض تطبـــيق المـــادة ١/٧ من اتفاقية روما أو بتعبير آخر قانون البوليس الأجنبى هو وجود قاعدة آمرة ووصف آمرة يجب أن يكون كذلك

بتعـــبير المشـــرع الأجنبى وليس فى سلطة القاضى الوطنى تقدير توافر صفة الآمـــرة فى القاعـــدة الأجنبـــية ما دام المشرع الأجنبى لم يخلع عليها هذا الوصف[١].

كمـــا يجـــب توافر رابطة حقيقة lien effectif بين العلاقة القانونية المتضمنة عنصرًا أجنبيًّا وقاعدة البوليس الأجنبى.

والقاعـــدة التى نصت عليها م ١/٧ من اتفاقية روما هى قاعدة إسناد لكـــن غـــير محددة فالاتفاقية لم تحدد وفقًا لأى قانون يكون تكييف هذه القاعدة، هل وفقا لقانون القاضى أم لقانون البوليس الأجنبى والقاعدة هى أن يتم تكييف توافر الحالة المنصوص عليها وفقا لقانون القاضي.

ويـــثور السؤال عن مدى التزام القاضى الوطنى بتطبيق قوانين البوليس الأجنبـــية؟ ويـــذهب رأى فى الفقه[٢] أن نص م ١/٧ غير حاسم بل غامض ويدعـــو القاضى للسؤال ماهى النتيجة إذا طبق القانون الأجنبى ؟ أو ما هى النتيجة إذا لم يطبق القاضى الوطنى قوانين البوليس الأجنبية ؟

ويـــرى رأى فى الفقه أنه رغم توافر مفترضات تطبيق قوانين البوليس الأجنبـــية كمـــا نصت عليها م١/٧ من اتفاقية روما فإن القاضى غير ملزم بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية بدلا من قانون العقد.

وأن نص المادة ١/٧ بمنح القاضى سلطة تقديرية واسعة ودليل ذلك أن نـــص المادة استخدمت فعل يجوز pouvoir كما أن صياغة نص المادة لم تشـــر إلى تطبيق حقيقى une veritable applicalion بقانون البوليس الأجـــنبى ولكن نصت على اعتداد " donne effet" القاضى بالنصوص

---

[1] P. Mayer ," les lois de police etrangeres " : JDI 1981, 277

2

الآمرة.

كمـــا أن المشروع الابتدائى avant projet لاتفاقية روما كان ينص علـــى أن يأخـــذ القاضى الوطنى فى الاعتبار " tenir compte" بقوانين البوليس الأجنبية.

ويرى الفقه الفرنسى[1] أن القضاء الفرنسي لم يحد عن اتجاه اتفاقية روما الســـابق الإشـــارة وأن الأحكـــام القضائية فى هذا الشأن لم تخرج عن أن الأحكام أخذت فى الاعتبار قوانين البوليس الأجنبية[2].

وقد ثار خلاف حول هل إعمال القاضى لقواعد البوليس الأجنبية هى تطبـــيق لذلك القانون أم أخذه فى الاعتبار ؟ واختيار الإجابة سيترتب عليه نتـــيجة قانونية مختلفة لأى من الحالتين فتطبيق قاعدة البوليس الأجنبية يعنى إنـــزال ما تتضمنه من حكم على المسألة المطروحة إذا توافرت شروط هذا التطبيق[3].

بـــل ويتعين على القاضى حتى يكون تطبيقه للقانون الأجنبى صحيحًا الالتزام بما استقر عليه قضاء هذه الدولة فى تطبيق هذه القاعدة.

ويخضـــع عمل القاضى الوطنى فى ذلك لقضاء محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية صرف.

أما وضع قواعد البوليس الأجنبية فى الاعتبار فيعنى أن إعمال القاضى لها مسألة يختلط فيها الواقع مع القانون ، وتكون سلطة القاضى فى هذه الحالة واسعة وهو ما يتلاءم مع أهداف التجارة الدولية وفى رفع القيود على مبدأ

---

[1] Jacque Foyer المرجع السابق رقم ٩٦ ص ٦٣١

[2] Cass civ I, 25 oct-. 1989 : Rev crit -. DIP 1990 732 , note P.Courbe-.

[3] د. هشام صادق – المرجع السابق ص ٩٢٠-.

قانون الإرادة وفق منهج التنازع، وهو الاتجاه الذى تبنته اتفاقية روما م٧/.

وعلـــى ذلك سيترتب على الأخذ بالاتجاه الأول التزام ؛ القاضى قانونًا بتطبـــيق قوانين البوليس الأجنبية إذا ما توافرت شروطها ، أما الاتجاه الثانى فيتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى هذا الشأن ولا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض.

وفى إطـــار هـــذه الفلسفة نصت المادة ١٩ من القانون الدولى الخاص السويســـرى الصـــادر عام ١٩٨٧ على أنه: « يجوز للقاضى أن يضع فى اعتـــباره قاعـــدة آمرة لا تنتمى للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد إذا كـــان المركز المطروح يرتبط بصلة وثيقة بهذه القاعدة، وذلك إذا اقتضت ذلـــك مصـــالح مشروعة وجوهرية وفقا للقانون السويسرى ، وحتى يقرر القاضى ما إذا كان سيضع مثل هذه القاعدة فى اعتباره ، فإنه يتعين الاعتداد بالهـــدف الذى تسعى إليه والنتائج المترتبة على تطبيقها حتى يصل إلى قرار عادل فى ضوء المفهوم السويسرى للقانون ».

وهـــذا النص يقنن مبدأ سلطة القاضى الوطنى فى إعمال قواعد البوليس الأجنبية التى لا تنتمى إلى قانون العقد[1] .

ونعـــتقد أن هذه التقدمية فى إعمال واعتراف القاضى الوطنى بقواعد البوليس الأجنبية حتى التى لاتنتمى إلى قانون العقد ، ولكن من أجل مصالح التجارة الدولية ما كان يمكن أن يسمح بها المشرع السويسرى إلا فى إطار ســـلطة تقديـــرية للقاضى السويسرى بأن يأخذ فى الاعتبار قواعد البوليس الأجنبى لأن يكون ملتزمًا بتطبيقها على نحو فنى.

---

[1] راجع د : هشام صادق – المرجع السابق ص ٩٨٦.

ثالثًا : قوانين البوليس الأجنبية فى اتفاقية لاهاى :

كان موضوع قوانين البوليس الأجنبية محل نصوص خاصة فى المشروع التمهيدى لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ، إلا أن هذه النصوص ثار حولها جدل وتحفظات من بعض الوفود المشاركة ، وفى الجلسة الختامية لإصدار الاتفاقية أجرى بشأنها تصويت وانتهى الرأى باستبعادها من نصوص الاتفاقية ، ويرى جانب من الفقه أن موقف الاتفاقية فى هذا الشأن معيب لأنه يشوبه القصور والتخلف من ناحيتين :

١) أنه يمثل قصورًا أو ثغرة فى تنظيم مسألة أصبحت محل تنظيم واهتمام الاتفاقيات الدولية الحديثة مثال ذلك نص م ١/٧ من اتفاقية روما ١٩٨٠.

٢) ويكشف القصور والتخلف فى أن الاتفاقية (م ١٧) تكتفى بالنص على قوانين البوليس فى دولة القاضى ، وهو مبدأ لا خلاف عليه ، بينما لا تعالج قوانين البوليس الأجنبية فى موضوع تنظيم عقد البيع الدولى للبضائع والذى تتضمن ٩٥% من عقوده شرط تحكيمى للمنازعات المحتمل وقوعها بين أطراف العقد وسينظرها محكمون[1].

ولما كان السائد هو عالمية التحكيم الدولى

" denationalisation " de l`arbitrage international

لذلك فإن النتيجة المترتبة على ذلك هى رفض المحكمين مفهوم قوانين البوليس سواء فى قانون القاضى أو فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق ، مما يضاعف من خطورة قصور الاتفاقية عن تنظيم هذه المسألة.

ولا يبقى فى مواجهة سد هذه الثغرة إلا التمسك بنص المادة ١/٧ فى

---

[1] Yvon LoussouARN المرجع السابق ص ٢٩٥

اتفاقية روما باعتبارها من مبادئ القانون الدولى الخاص ، وبالاعتراف بسلطة القضاء بالأخذ فى الاعتبار قوانين البوليس الأجنبية فى القانون الواجب التطبيق إذا تمسك بها الأطراف باعتبارها مسألة واقع منشأة لقوة قاهرة تؤثر أو تعطل أداء الطرف الملتزم.

الخاتمـــــة

البيع الدولى للبضائع هو محور التجارة الدولية ، ويدور حوله عدد كبير من العقود كالتأمين ، والنقل ، والوكالة وغيرها .

ولأهمية عقد البيع الدولى للبضائع كان هو الموضوع الأول الذى اختارته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى الأونسترال[1] فى أول جلساتها عام ١٩٦٨ .

وقد حلت اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ محل اتفاقية لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولى للمنقولات المادية المبرمة فى ١٥ يونيه سنة ١٩٥٥ ، وقد نصت على ذلك المادة ٢٨ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ بالنسبة لجميع الدول الأطراف فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ وقبل الانضمام لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ .

إذا كان موضوع وهدف اتفاقية فيينا ١٩٨٠ بشأن البيع الدولى للبضائع هو توحيد القواعد المادية فى عقد البيع الدولى للبضائع فإن بلوغ هذا الهدف لا يكتمل إلا باتفاقية تتناول قواعد التنازع فى عقد البيع الدولى للبضائع ، وهذه الاتفاقية هى اتفاقية لاهاى التى أبرمت فى ديسمبر ١٩٨٦، وذلك بغرض توحيد قواعد القانون الدولى الخاص بحيث يسند الفصل فى النزاع إلى قانون واحد أو قواعد واحدة تعينها قاعدة إسناد موحدة مما يحقق الأمان القانونى فى عدم الإخلال بتوقعات الأطراف فى القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم .

لم تتضمن الاتفاقية تعريفا لـــ: ما هو عقد البيع ؟ وهذه مسألة تكييف

---

[1] UNCITRAL : United Nations commission of international trade law . YEAR BOOk. Volume 1 : 1968-1970, 65.

تخضع لقانون القاضى ، كما أن مفهوم عقد البيع متقارب أو مشترك فى غالب التشريعات الوطنية ، وأيضًا لم يرد فى الاتفاقية تعريف لـــ : ما هى البضائع؟ إلا أن الاتفاقية أشارات إلى بيوع مستبعدة صراحة فى نطاق تطبيقها وأشارت إلى بعض البيوع على سبيل المثال ، وذلك إما لأهميتها أو لأنها محل خلاف .

الدولية هى مفترض تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص على عقد البيع وبدون هذه الدولية لا تثار مشكلة تنازع القوانين أمام القاضى أو المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة أمامه ، وقد نصت المادة الأولى من اتفاقية لاهاى على ضابط الدولية وتبنت فى ذلك المعيار القانونى توافر الطابع الدولى فى عقد البيع الدولى للبضائع ، واعتدت بالعنصر الأجنبى فى عقد البيع متمثلا فى وجود مركز أو محل أعمال أطراف العقد فى دول مختلفة ، وعلى سبيلِ الاحتياط محل الإقامة العادية فى دول مختلفة .

فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع ، اتخذت الاتفاقية موقفا واضحًا يقوم على التمييز بين حالتين :

أولاً : حالة اتفاق الأطراف المتعاقدين على اختيار قانون يحكم عقدهم، فى هذه الحالة كان منهج الاتفاقية هو تبنى موقف النظرية الموضوعية والذى يقوم على مبدأ سلطان الإرادة أو حرية الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، لكن هذا الاختيار فى عقد دولى هو ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق باعتبار أن ذلك هو الحل الذى قدمه المشرع لحسم مشكلة تنازع القوانين فى العقود الدولية ، وهذه الحرية وفقا للاتفاقية لا يقيدها وجود رابطة بين العقد والقانون الواجب التطبيق ، فلم تأخذ الاتفاقية

بفكرة تركيز العقد ، أو البحث عن مركز الثقل فى العلاقة القانونية مادامت الإرادة قد اتفقت على اختيار قانون يحكم العقد إلا أن هذه الإرادة وذلك الضابط فيما يشير إليه من قانون واجب التطبيق يخضع لاعتبارات النظام العام وقوانين البوليس .

كما أن الاتفاقية أشارت إلى الإرادة الصريحة أو الإرادة الضمنية ولكن وفقا للضوابط التى أشارت إليها المادة ٧ من الاتفاقية وهى أن تستنتج بوضوح من نصوص العقد ومن سلوك الأطراف المتبادل فيما بينهم.

كما اعترفت الاتفاقية بمبدأ تجزئة العقد ، وذلك بأن يكون محلاً للاتفاق على اختيار قانون لجزء من العقد .

ثانيًا : تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع فى حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار قانون يحكم عقدهم .

نشير هنا إلى أنه لا خلاف فى المبدأ بأن الحل هو إسناد العقد فى هذه الحالة للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ، لكن الخلاف فى تحديد ضابط هذا الإسناد هل هو إسناد جامد للرابطة العقدية أم إسناد مرن؟ وأى نوع من هذه المعايير الجامدة أو المرنة ؟ وقد تعرضنا لهذه المعايير فى بحثنا، ونقدم هنا موقف اتفاقية لاهاى بأنها تبنت كقاعدة عامة قانون محل أعمال البائع وقت إبرام العقد م ١/٨ وهو معيار جامد ، وكقاعدة استثنائية فى حالات خاصة قانون محل أعمال المشترى م ٢/٨ .

ويرى جانب من الفقه أن ذلك المعيار هو تطبيق لنظرية الأداء المميز باعتبار أن نص الاتفاقية من المادة ٢/٨ فقرة أ ، ج بهما تركيز ، وأن ترجيح قانون محل أعمال المشترى أو إقامته العادية باعتباره الطرف الذى يقدم أداءً مميزًا عبرت عن مفترضاته الفقرتين أ ، ج وذلك بالقيام بالدور

الأكبر فى إعداد العقد .

ثم أشارت الاتفاقية إلى قاعدة احتياطية ثالثة ، وهى معيار القانون المناسب م ٣/٨ ، وهذه القاعدة لم تكن موجودة فى اتفاقية لاهاى ١٩٥٥ وهذا المعيار نصت عليه المادة ١/٢١ب بجواز تحفظ الدول بشأن تطبيقه وهو معيار مرن مأخوذ عن المنهج الأمريكى ؛ لأن نظرية القانون المناسب نظرية أمريكية تقابل نظرية التركيز الموضوعى والأداء المميز .

أشارت الاتفاقية إلى قاعدة إسناد خاصة في بيوع المزادات والبيع فى سوق الأوراق المالية وذلك بخضوعهما للقانون المختار من المتعاقدين وفقا لنص م٧ من الاتفاقية بشرط ألا يتعارض ذلك مع قوانين الدولة التى أجرى فيها هذا البيع (م٩ من الاتفاقية) والجديد فى هذه القاعدة أنها نصت على قاعدة إسناد جديدة ، وهى قانون الإرادة وذلك بالنسبة لطائفة عقود كانت تخضع لقانون إجراء البيع فيها .

لم يـــرد فى التشـــريع المصـــرى قاعدة إسناد خاصة بعقد البيع الدولى للبضائع ، ولم تنضم مصر لاتفاقية دولية بشأن ذلك وإزاء ذلك فإن القواعد الواجبة التطبيق هى الواردة فى المادتين ١/١٩ من القانون المدنى والمادة ٣٩/ ١ من قانون التحكيم ونشير إليهما ، فالمشرع المصرى وفقا لنص م ١/١٩ مـــدنى ، ١/٣٩ مـــن قانون التحكيم أخذ بمبدأ حرية الإرادة فى اختيار القانـــون الواجب التطبيق على العقد حال اتفاق أطراف التعاقد على ذلك سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيًّا -.

إلا أن فى حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد فإن موقف المشرع يوصف بالازدواجية -.. ذلك أن نص م ١/١٩ مدنى نصت على إسناد جامد لأحد قانونين هما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون

محل إبرام العقد ، أما وفقا لنص م ١/٣٩ من قانون التحكيم نص على إسناد مرن واعتنق مبدأ القانون المناسب the proper law لذلك فإن نفس التراع المتعلق بعقد بيع دولى في فرض سكوت أطرافه على اختيار القانون الواجب التطبيق إذا عرض أمام القضاء الوطنى يحتمل حلا مغايرًا عنه إذا ما عرض أمام التحكيم ، لذا يلزم توحيد قاعدة الإسناد وتعديل تشريعى يضاف لنص المادة ١/١٩ مدنى ليتفق مع ما ورد مع نص المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم-.

بالنسبة لنطاق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى فقد أشارت المادة ١٢ من الاتفاقية إلى أهم المسائل التى تدخل فى نطاق عقد البيع الدولى للبضائع ، وأشارت إلى أنها تخضع لقانون العقد حسب ما أشارت المواد من ٧ – ١٠ وهى نفس القواعد السابق بحثها فى المبحث الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فى حالة اتفاق الأطراف باختيار قانون يحكم عقدهم .

ونطاق العقد يشمل تكوين العقد وتفسيره وانقضاءه وبطلانه وتنفيذه وذلك على النحو المفصل فى نص المادة ١٢ من الاتفاقية .

وقد تناولنا بعض المسائل التى تدخل فى نطاق العقد سواء أفردت لها الاتفاقية نصًا خاصًا أو أغفلتها رغم أهميتها لعدم الاتفاق بشأنها .

وضعت اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ قاعدتى إسناد خاصة بشكل عقد البيع الدولى م١١ هما : خضوع شكل العقد للقانون الذى يحكم موضوع العقد، أو قانون محل التصرف ، والاتفاقية تبنت قاعدة تنازع اختيارية بصفة كاملة، وقد أجازت المادة ٥/١١ جواز التحفظ وذلك بإطلاق حرية المتعاقدين فى إخضاع عقدهم من كل عقد بالنسبة للشكل .

أما بالنسبة لأهلية المتعاقدين فى عقد البيع فلم يرد فى اتفاقية لاهاى أى قاعدة إسناد خاصة ، وعلى ذلك يتعين على القاضى أو المحكم الرجوع لمبادئ القانون الدولى الخاص فيما لم يرد بشأنه اتفاق أو نص .

وأخيرًا تناولنا فى بحثنا قوانين البوليس فى اتفاقية لاهاى ونتيجة الخلاف بين الوفود فقد جاء النص الخاص بها فى المادة ٧ من الاتفاقية قاصرًا فقد اكتفى بالنص على قوانين البوليس فى دولة القاضى وهو مبدأ لا خلاف عليه ، بينما لم يعالج مسألة قوانين البوليس الأجنبية وهى مسألة من الناحية العملية أكثر إثارة للمشاكل القانونية فضلا على أن الاتفاقيات السابقة تصدت لها مثال ذلك م٧ من اتفاقية روما .

وقد اقترحنا فى مواجهة هذا القصور بجواز التمسك بنص م٧/١ من اتفاقية روما باعتبارها من مبادئ القانون الدولى الخاص ، وبالاعتراف بسلطة القضاء بالأخذ فى الاعتبار قوانين البوليس الأجنبية فى القانون الواجب التطبيق إذا تمسك بها الأطراف باعتبارها مسألة واقع منشأ لقوة قاهرة تؤثر أو تعطل أداء الطرف الملتزم .

وكما انضمت مصر لاتفاقية فيينا ١٩٨٠ وأصبحت جزء من قانونها الوطنى ، ولنفس الأسباب نرى انضمامها لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ تطويرا لنظامها القانونى بشأن عقد البيع الدولى للبضائع من حيث القواعد المادية وقواعد التنازع فى مجال التجارة الدولية ولمسايرة دول العالم المتقدمة فى الخضوع لنفس القانون ونفس القواعد الواجبة التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع .

الفهرس

الصفحة	الموضـــــــوع
٣ – ٧	مقدمة
٩	**فصل تمهيدي** : تعريف عقد البيع الدولى للبضائع الدولية وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦
٩	**المبحث الأول** : ما هو عقد البيع الدولى للبضائع الخاضعة لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦
٩	تعريف عقد البيع الدولى للبضائع
١١	ما هى البضائع
١٢	عقود البيع المستبعدة صراحة
١٤	البيوع المستبعدة ضمنًا
١٥	**المبحث الثاني** : الدولية في عقد البيع
١٧	أولاً : المعيار القانونى
١٩	الدولية الموضوعية والدولية الشخصية
٢٠	ثانيًا : المعيار الاقتصادى
٢٣	ثالثًا : ضابط الدولية فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦
٢٩	رابعًا : المقصود بمحل العمل فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦
٣٤	**الباب الأول** **تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦**

الفصل الأول ٣٤
القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى
حال اتفاق إرادة الأطراف
المبحث الأول : مبدأ سلطان الإرادة في فقه القانون الدولى الخاص ٣٦
أولاً : مبدأ سلطان الإرادة : ٣٦
أ - نشأة مبدأ سلطان الإرادة ٣٦
ب- مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ٣٧
ثانيًا : الفقهاء الرواد الذين نادوا بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ٣٨
قاعده خضوع العقد لقانون الإرادة ٣٨
١ – ديمولان (١٥٠٠ – ١٥٦٦) ٣٨
٢ – سافينى (١٧٧٩ – ١٨٦١) ٤٠
٣ – مانشينى (١٨١٧ – ١٨٨٨) ٤١
ثالثًا : النظريات الفقهية فى مدى دور الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ٤٢
١ – النظرية الشخصية ٤٢
٢ – النظرية الموضوعية ٤٣
المبحث الثانى : قاعدة الإسناد الأصلية فى عقد البيع الدولى وفقًا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦: خضوع العقد لقانون الإرادة ٤٧
١- التعبير الصريح عن الإرادة : ٥٢
٢ – الاختيار الضمنى : ٥٣
٣- الاختيار الجزئى : ٥٤

٤ – تغيير الاختيار : ٥٤

٥– التعبير السلبى عن الإرادة : ٥٥

٦– الاتفاق على القضاء المختص ٥٦

المبحث الثالث : تجزئة العقد ٦٠

الفصل الثانى ٦٥

القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى

للبضائع فى حالة سكوت الأطراف

مبحث أول : قواعد الإسناد الجامدة ٦٧

١ – قانون محل إبرام العقد : ٦٧

٢ – قانون محل تنفيذ العقد : ٧٠

المبحث الثاني : النظريات الفقهية فى الإسناد المرن للرابطة العقدية ٧٢

أولاً : نظرية التركيز الموضوعى للرابطة العقدية : ٧٢

تقدير النظرية ٧٣

ثانيًا : نظرية الأداء المميز ٧٥

التحفظ الاستثنائى ٧٧

تقدير النظرية : ٧٩

ثالثًا : نظرية القانون المناسب ٨١

مبحث ثان : تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى للبضائع فى حالة عدم وجود اتفاق الأطراف وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ٨٤

أولاً : قاعدة قانون محل عمل البائع وقت إبرام العقد ٨٥

ثانيًا : قاعدة قانون محل المشترى ٨٧

ثالثًا : معيار القانون المناسب ٨٩

الفصل الثالث ٩٢

تحديد القانون الواجب التطبيق فى بعض البيوع الخاصة

مبحث أول : تحديد القانون الواجب التطبيق فى بيوع المزادات والبيع فى سوق الأوراق المالية ٩٣

القانون الواجب التطبيق ٩٣

مبحث ثان : عقود البيع للمستهلكين ٩٥

الفصل الرابع ١٠٠

موقف المشرع المصرى فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا لنص م ١/١٩ مدنى ١٠٠

المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولى وفقًا لقانون التحكيم ١٩٩٤/٢٧ ١٠٤

أولاً : فى حالة اتفاق الأطراف ١٠٤

أ) حرية اختيار " القواعد " التى تحكم عقدهم ١٠٤

ب) فى حالة اختيار قانون دولة معينة ١٠٦

ثانيًا : تحديد القانون الواجب التطبيق فى حالة عدم الاتفاق ١٠٦

الباب الثانى

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدول للبضائع وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ١٠٩

الفصل الأول	١٠٩
تكوين العقد وآثاره	
المبحث الأول : تكوين العقد	١١٢
أولاً : وجود التراضى وصحته	١١٢
التعاقد بين غائبين	١١٤
عيوب الإرادة	١١٥
ثانيًا : المحل	١١٥
ثالثًا : السبب	١١٦
المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية لاهاى	١١٧
أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود التراضى وصحته وفقا لاتفاقية لاهاى	١١٧
ثانيًا : نطاق القانون الواجب التطبيق على التراضى وصحته وفقا لاتفاقية لاهاى	١١٩
ثالثًا : البطلان	١٢٢
رابعًا : تفسير العقد	١٢٢
المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على إنقضاء عقد البيع الدولى للبضائع	١٢٥
أولاً : تنفيذ عقد البيع الدولى للبضائع	١٢٦
ثانيًا : المقاصة	١٢٧
ثالثًا : التقادم المسقط	١٢٩

الفصل الثانى ١٣٢
الشكل والأهلية فى عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية لاهاى ١٩٨٦
مبحث أول : القانون الواجب التطبيق على الشكل فى عقد البيع الدولي ١٣٢
أولاً : الشكل فى اتفاقية فيينا ١٣٣
ثانيًا : الشكل فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ١٣٤
المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على الأهلية فى عقد البيع الدولى ١٣٨
الفصل الثالث ١٤٣
قوانين البوليس فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦
أولاً : قوانين البوليس فى دولة القاضى ١٤٣
اتفاقية روما ١٩٨٠ ١٤٤
اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ ١٤٦
ثانيًا : قوانين البوليس الأجنبية ١٤٦
ثالثًا : قوانين البوليس الأجنبية فى اتفاقية لاهاى ١٥٠
الخاتمـــــة ١٥٢